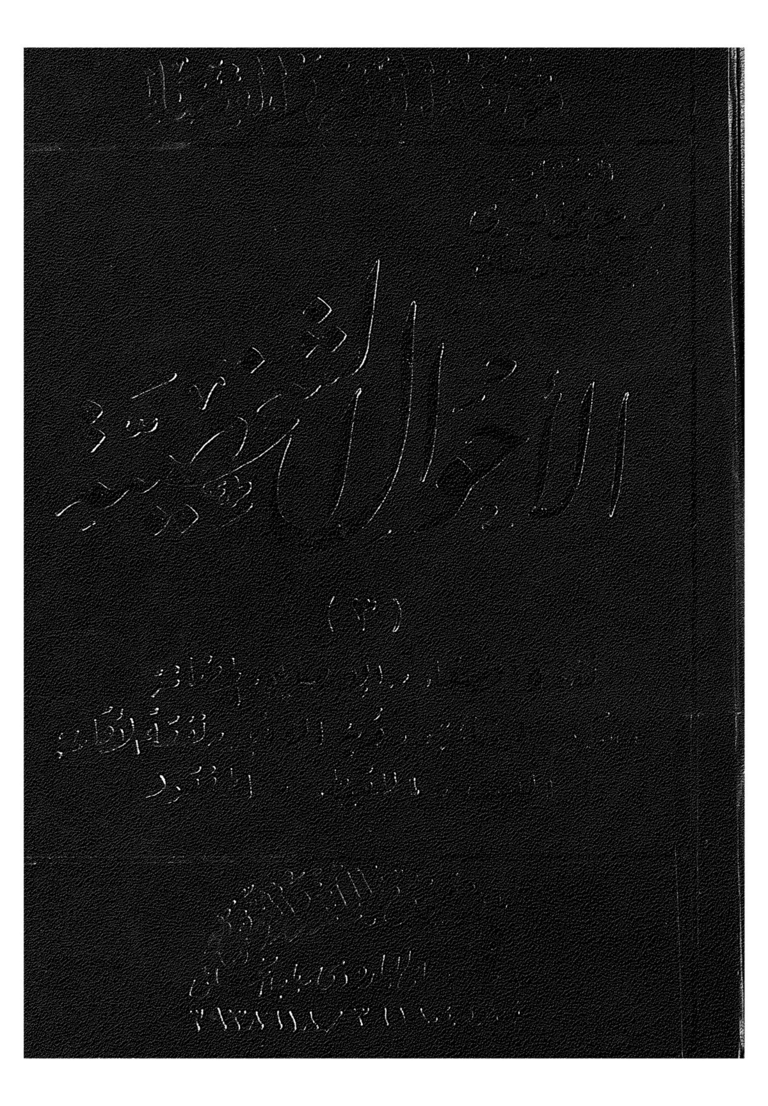


إهـــــــــداء٢٠٠٨

المستشار/محمد فرج الذهبي
جمهورية مصر العربية

موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

الأحوال الشخصية

(٣)

نفقة الصغار - الإرضاع - الحضانة -
مسكن الحضانة - رؤية الصغير - نفقة الأقارب
النسب - اللقيط - المفقود

دار محمود للنشر والتوزيع
٩ شارع سامي البارودي
باب الخلق - ت ٣٩٣٨٦١٨٦
٠١٢٢٣٥٧٣٨٣٦

موضوع رقم (١)
نفقة الأولاد الصغار

١ - النص القانونى:

(مادة ١٨ مكرراً ثانياً) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥:

«إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه.

وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفى نفقتها وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادراً على الكسب المناسب، فان أتمها عاجزاً عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله واستعداده، أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه.

ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم.

وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الانفاق عليهم»[1].

٢- الأصل أن نفقة الصغير فى ماله أن كان له مال:

نصت المادة على أنه إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه. وهذا يتفق مع الأصل الشرعى أن نفقة الانسان فى ماله، فمن كان له مال لا تجب

(١) وكان يقابل هذه المادة عند تعديل المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ (المقضى بعدم دستوريته) المادة (١٨ مكرراً ثانياً المضافة) وهى تطابق حرفيا الفقرات الثلاث الأولى من المادة.

نفقته على غيره سواء كان صغيراً أو كبيراً ذكراً أو أنثى لأن نفقة الأقارب تجب للحاجة فإذا لم يكن القريب محتاجاً لا تجب نفقته على غيره.

وفي هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

١- « وحيث إن من المقرر أنه إذا كان الصغير ذا مال حاضر، فإن نفقته تقع فى ماله ولاتجب على أبيه ، فإذا لم يكن له مال يكفيه ، فإن وجو بها على أبيه وانفراده بتحملها بقدر احتياج الولد لها،قاعدةثابتة لاتأويل فيها..........الخ» .

(القضية رقم ٢٩ لسنة ١١ قضائية « دستورية» جلسة ١٩٩٤/٣/٢٦)

٢- « ..... ومن ثم كان اختصاص الوالد بالإنفاق على صغاره أصلا ثابتا لاجدال فيه ، بحسبان أن قرابتهم منه مفترض وصلها، محرم قطعها بالإجماع ، ولأن نفقتهم من قبيل الصلة ، بل هى من أبوابها، باعتبار أن الامتناع عنها مع القدرة على إيفائها- حال ضعفهم وعجزهم عن تحصيل حوائجهم - مفض إلى تفويتها، فكان الإنفاق عليهم واجبا ، فلا تسقط نفقتهم بفقر آبائهم ولايتحللون منها، بل عليهم موالاة شئون أبنائهم ، العاجزين عن القيام بما يكفل إحياءهم وصون أنفسهم، مما يهلكها أو يضيعها» .

(القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية « دستورية» جلسة ١٨ يناير سنة ١٩٩٦)

كما قضت محكمة النقض - دائرة الاحوال الشخصية - بتاريخ ١٩٧٥/١٢/٢١ فى الطعن رقم ٥٣٥ سنة ٤٢ق بأن:

«المقرر شرعاً وفقاً للراجح فى مذهب أبى حنيفة الواجب الاتباع عملاً بنص المادة السادسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب تلك المحاكم، أن الصغير – ابناً كان أم بنتاً – إذا كان ذا مال حاضر فان نفقته تقع فى ماله ولا تجب على أبيه».

والمراد بالمال جميع أنواعه سواء كان من جنس النفقة أو من غير جنسها، فيشمل النقود والمنقولات والحيوانات والعقارات، فإذا كان المال ليس نقوداً فانه يباع وتكون نفقة الصغير فيه[1].

والمال الذى تكون فيه نفقة الصغير ما تكون ملكيته ليست محل نزاع بأن يكون تحت يد أمين عنه، حتى يمكن تقدير النفقة عليه، أما المال المغصوب فملكيته له محل نزاع يصح أن تثبت ويصح ألا تثبت، وفرض النفقة فيه اقرار لليد المبطلة التى يجب ازالتها أولاً بنزع مال الصغير من يده.

والعبرة فى المال بقيمة الملك لا بريعه.

٣- أثر توفير الصغير جزءاً من مصروفه الشخصى فى أحد المصارف:

إذا أودع الصغير جزءاً من مصروفه الشخصى أحد المصارف، فإذا كان هذا المال يكفى لسد حاجة الصغير فترة من الزمن، فإن الصغير يعتبر موسراً، وتكون نفقته فى هذا المال، ولا يجوز فرض نفقه على أبيه.

---

(١) شرح فتح القدير جـ٤ ص٤١٤.

وإذا كان المودع لهذا المال هو الأب لاستعماله لأمر معين فى منفعة الصغير عند بلوغه سناً معينة، كتجهيز البنت عندما تبلغ سن الزواج، أو لشراء مسكن لابنه عند بلوغه سن الزواج، ففى هذه الحالة يعتبر ايداع الأب لهذا المال باسم الصغير بمثابة الهبة، والهبة المعلقة على شرط تصح وإن بطل الشرط اتفاقاً بين الأئمة فيما عدا الامام أحمد بن حنبل كما أن قبض الولى للهبة يعتبر قبضاً صحيحاً تتم به الهبة، ومن ثم يكون المال المودع يساراً للصغير يمتنع معه فرض النفقة على أبيه(١).

٤- الأصل الشرعى لنفقة الأولاد الصغار على أبيهم:

لا خلاف بين الفقهاء فى وجوب نفقة الأولاد الصغار على الآباء فقد ثبت وجوب هذه النفقة بنصوص من الكتاب والسنة.

فقد قال تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾(٢)، فالمولود له هو الأب، ولما ثبت رزق الوالدات على الأب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد بطريق الأولى.

وما روى من أن هندا بنت عتبة زوجة أبى سفيان قالت يا رسول الله: ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى ما يكفينى وولدى إلا ما آخذ منه وهو لا يعلم، فقال عليه السلام: ﴿خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف﴾.

---

(١) المستشار صلاح الدين زغو ص٣٠٥ - وعكس ذلك محكمةالجمالية الجزئية الشرعية بتاريخ ١٩٣٣/١١/٢٣ إذ ذهبت إلى أن الدفع بأن للبنت مال بصندوق التوفير، لا اعتبار له لأنه لا يمنع من فرض المطلوب لها لجريان العادة بأن أولاد مثل هذه الطبقة يدخرون من مصروفاتهم الخصوصية جزءاً منها ليتعودوا الادخار، ومثل هذا لا تجب فيه النفقة ومع ذلك فان المدعى عليه هو الولى الشرعى للبنت يؤدى لها من أى مال شاء.

(٢) من الآية ٢٣٣ من سورة البقرة.

٥- نفقة الصغير تكون على ابيه إذا لم يكن له مال:

نصت المادة - كما رأينا - على أنه إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه. وهذا يتفق مع الأصل الشرعى أنه لا يشارك الأب فى نفقة ولده أحد[١]، والمراد بالولد هو الولد المباشر لا من دونه، لأن الأولاد جزء منه فالانفاق عليهم كالانفاق على نفسه، ولأن الأب يختص بانتساب أولاده إليه لا يشاركه أحد فى ذلك، وهو غنم يختص به فيتحمل غرم النفقة.

وقد جعل النص نفقة الصغير على أبيه حتى بلوغه الخامسة عشرة، وتحسب هذه السن على أساس التقويم الهجرى لأنه الأصل فى التقويم الشرعى ما لم يرد نص على خلافه.

والسن المذكورة هى أقصى سن البلوغ وثبوت الولاية على النفس وأهلية التقاضى طبقا للرأى الراجح فى المذهب الحنفى [١].

وقد أحسن القانون بالزام الأب بنفقة ولده حتى هذه السن، لأن الولد قبلها ينبغى أن يكون مشغولاً بطلب الحد الأدنى من العلم الأساسى سواء فى ذلك النظرى أو الذى يؤهله لاحتراف مهنة، فينبغى ألا يكلف - قبل هذه السن-بالخروج للتكسب والاحتراف ولو كان بالغاً أو قادراً على الكسب[٣].

وتجب النفقة على الأب ولو كان مختلفاً مع ابنه فى الدين، لأنه لا يشترط اتحاد الدين فى نفقة الولادة لأن سبب وجوبها الولادة وبها تثبت الجزئية والبعضية، وهذه لا تختلف باختلاف الدين ولا عبرة فيها بالارث[٤]،

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٦١٣.

(٢) وقد جعلت المادة الثانية من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية أهلية التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس لمن أتم خمس عشرة سنة ميلادية كاملة متمتعا بقواه العقلية.

(٣) ذلك أنه يوجد فى المذهب الحنفى بعض أقوال أن على الأب نفقة الصغير إلى أن يبلغ حد الكسب وان لم يبلغ الحلم.

(٤) شرح فتح القدير جـ٤ ص٤١٣.

ولأن الفرع جـزء من الأصل وجزء الانسان فى معنى نفســه فكما لا تمتنع النفقـة على نفســه بالكـفر فكـذلك لا تمتنـع على جزئه.

٦- على من تجب نفقة الصغير فى حالة اعسار الأب أو عجزه أو عدم وجوده؟

نصت المادة على أنه إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه، ولكنها لم تبين من تجب عليه نفقته إذا كان الأب معسراً أو عاجزاً عن الكسب أو غير موجود. وعلى هذا يتعين الرجوع فى هذا الصدد للرأى الراجح فى المذهب الحنفى عملاً بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. والمنصوص عليه فى المذهب الحنفى أنه إذا كان الأب معسراً ولكنه قادر على الكسب، أو كان قادراً على الكسب ولكنه لا يكسب بالفعل لعدم وجود عمل له، فلا ينتقل وجوب النفقة إلى غيره، بل يبقى الوجوب عليه ولكنه لا يكلف بالأداء، بل تكلف الأم بالانفاق ان كان لها مال ويكون ما تنفقه ديناً على الأب ترجع به عليه إذا أيسر لأنها أولى بالتحمل من سائر الأقارب، فان لم يكن للأم مال كلف من يليها فى ترتيب من تجب عليهم النفقة وهو الجد لأب، بالانفاق ليرجع على الأب إذ أيسر كذلك.

أما إذا كان الأب معسراً عاجزاً عن الكسب كان يكون مريضاً بمرض مزمن يقعده عن الكسب، بحيث تكون نفقته على غيره من الأصول أو الفروع، فانه فى هذه الحالة يعتبر فى حكم الميت ويسقط وجوب النفقة وينتقل الوجوب إلى من يليه فى الترتيب، لأنه لا يسوغ عقلاً أن توجب عليه نفقة غيره، وهو يأخذ نفقة من غيره[1].

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٦١٥ - بدائع الصنائع جـ٤ ص٤١ وفى هذا افتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ٦ ربيع ثان سنة ١٣٢١هـ بأن:

«إذا كان الأب الفقير عاجزاً على الكسب وجبت النفقة على الأم لأنهـا أقـرب إلى الـولد من الجـدة أم الأم. ومـن الجـد ولا رجـوع لهـا على الأب اتفـاقاً فان كان الأب معسرا لكنه غير عاجز عن الكسـب وجـبت النفقة =

٧- انفاق الأب على الصغير:

إذا كان مال الصغير حاضراً في يد الأب أنفق منه عليه وينبغي أن يشهد على ذلك إذ لو لم يشهد فمن الجائز أن ينكر الصبي إذا بلغ ويقول أن الأب أنفق من مال نفسه لا من ماله فيصدقه القاضي لأن الظاهر أن الرجل الموسر ينفق على ولده من مال نفسه وان كان لولده مال فكان الظاهر شاهدا للولد فيبطل حق الأب.

وان كان مال الصغير في بلد آخر ينفق الأب من مال نفسه بأمر القاضي اياه بالانفاق ليرجع على الابن، أو يشهد أنه ينفق من مال نفسه ليرجع به في مال ولده ليمكنه الرجوع لما ذكرنا أن الظاهر أن الانسان يتبرع بالانفاق من مال نفسه على ولده، فاذا أمره القاضي بالانفاق من ماله ليرجع أو أشهد على أنه أنفق ليرجع فقد بطل الظاهر وتبين أنه انما أنفق من ماله على طريق القرض وهو يملك اقراض ماله فيمكنه الرجوع[1].

= على الأم كذلك لكنها تكون دينا على الأب إذا أيسر رجعت بها عليه. وانما ترجع الأم حتى عندمن قال بأنه لا رجوع للجد إذا أنفق لاعسار الأب القادر على الكسب مع عدم يسار الأم لأن النفقة انما هي على الأب لا يشاركه فيها غيره فاذا أعسر وكان الجد موسراً وجبت النفقة على الجد ولا يرجع بها على الأب في الصحيح لأنه عصبة عليه من الحق للأب وابنه ما ليس على الأم لأب ولدها. وبالجملة فالذكر الموسر إذا وجبت عليه النفقة لم يرجع بها لأنه المعروف بالقدرة على الكسب الذي يعول عليه في الكفاية بخلاف الأم فانها ليست كذلك كما هو ظاهر وهي التي تجب عليها النفقة في هذه الحادثة وتكون ديناً على الأب ترجع بها إذا أيسر والله أعلم».

(١) بدائع الصنائع جـ٤ ص٣٤ – وهذا في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فيسعه أن يرجع من غير أمر القاضي والاشهاد بعد أن نوى بقلبه أنه ينفق ليرجع لأنه إذا نوى صار لذلك ديناً على الصغير وهو يملك اثبات الدين عليه لأنه يملك اقراضه ماله والله عز وجل عالم بنيته فجاز له الرجوع فيما بينه وبين الله تعالى.

(المرجع السابق ص٣٥)

٨- انواع نفقة الصغير:

اقتصرت المادة (١٨ مكرراً ثانياً) على النص على التزام الأب بنفقة صغيره إذا لم يكن للصغير مال، دون أن تعدد انواع النفقة الواجبة له وذكرت منها السكنى ومصاريف التعليم فقط، ولا ينال من ذلك أن النص جرى على الزام الأب بمصاريف تعليم الابن الكبير العاجز عن الكسب دون الابن الصغير، لأن وجوبها للأخير أولى.

والنفقة شرعاً هى الطعام والكسوة والسكنى وفى العرف الطارئ فى لسان أهل الشرع هى الطعام فقط، ولذا يعطفون عليه الكسوة والسكنى، والعطف يقتضى المغايرة، فنجد كثيراً من الفقهاء يقولون مثلاً تجب للزوجة على زوجها النفقة والكسوة والسكنى فيجعلونها شيئاً آخر غير الكسوة والسكنى.

وعلى ذلك إذا أطلق لفظ النفقة، فانه لا يشمل سوى الطعام والكسوة والسكنى دون غيرها من أنواع النفقة.

غير أن الفقهاء يدخلون فى نفقة الصغير أنواعاً أخرى هى بدل الفرش والغطاء وأجر الأرضاع وأجر الحضانة وأجر خادم، وقد جاء بالمذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها (الملغى) ما يأتى :

«... **ثانياً**: شمول نفقة الزوجة لنفقة الطعام وبدل الكسوة وأجرتى المسكن والخادم وشمول نفقة الصغير لذلك ولأجرتى الحضانة والرضاع».

وعلى ذلك تكون أنواع نفقة الصغير كالآتى:

١- الطعام:

وقد جرى القضاء على فرض نفقة الطعام شهرياً لمن فى يده الصغير كما سنرى[١].

وإذا كان الصغير فى سن الارضاع وهو حولان فانه يستحق نفقة طعام نفرض له بجانب أجر الارضاع وتسمى (بدل اصلاح شأن).

وقد جرى القضاء على ذلك.

(شبين الكوم الابتدائية - جلسة ١٩٨٦/١٠/٢٥ - الدعوى ١١١ لسنة ١٩٨٦ كلى مستأنف - قسم أول بندر طنطا - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٤ - الدعوى ٣٧٩ لسنة ١٩٨٥)

٢ الكسوة:

جرت عادة الفقهاء على فرض كسوة للصغير كل أربعة أشهر أى ثلاث مرات فى السنة، وقد جرى القضاء على فرض مبلغ شهرى للكسوة[٢].

(طنطا الابتدائية بتاريخ ١٩٦٧/٢/٢ - الدعوى رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٦٦ كلى مستأنف)

---

(١) وإذا خاصمت الأم الأب فى نفقة طعام الصغير فان القاضى يفرض على الأب نفقة الصغير ويدفع النفقة إليها لأنها أرفق به فان قال الأب أنها تنفق وتضيق عليهم لا يقبل قوله لانها أمينة ودعوى الخيانة على الأمين لا تسمع من غير حجة ان قال للقاضى سل جيرانها فالقاضى يسأل جيرانها ممن يداخلها احتياطياً فان أخبر جيرانها بما قال الأب زجرها القاضى ومنعها من ذلك نظراً له، وقال بعض الفقهاء أن للقاضى فى هذه الحالة ان شاء دفعها إلى ثقة يدفعها إليها صباحاً ومساءً ولا يدفع إليها جملة وان شاء أمر غيرها أن ينفق على الأولاد. البحر الرائق جـ٤ ص٢٠٢.

(٢) الشيخ محمود الغراب - شرح القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ - ملحق المحاماة الشرعية (السنة العاشرة) ص١٢.

٣- بدل الفرش والغطاء:

يجب للصغير على أبيه فرشه وغطاؤه[١]، ولما كان الفرش والغطاء مما يبلى فانه يلتزم بتجديده بدوام الاستعمال. ويجب للصغير الفرش والغطاء ولو كان رضيعاً، إذ المعروف عادة والمقرر طبيعة أن الطفل يجب أن يكون فى مهد خاص يناسب حالته لا يشترك مع حاضنته فى فراشها وغطائها، وهذا أيضاً ما تمليه المبادئ الصحية.

وقد جرى القضاء على فرض مبلغ يسير شهرياً لبدل فرش وغطاء الصغير يضاف إلى نفقته.

(شبين الكوم الكلية - ١٩٨٦/١٠/٢٥ - الدعوى رقم ١١١ لسنة ١٩٨٦ مستأنف - بركة السبع الجزئية - ١٩٨٧/١١/٣ - الدعوى رقم ١٦٥ لسنة ١٩٨٦ - قسم أول بندر طنطا - ١٩٨٨/٤/٢٤ - الدعوى رقم ٣٧٩ لسنة ١٩٨٥)

٤- اجر خادم:

إذا احتاج الصغير إلى خادم للقيام بشئونه، فان أجر الخادم يكون من كفايته[٢] ويلتزم به الأب إذا كان مثله ممن يخدم أولاده. فإذا كان الصغير فى يد حاضنته المفروض لها أجر خادم فانه لا يفرض للصغير أجر خادم إلا إذا

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٦٢٠.

(٢) جاء بالعقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ١ ص٥٨ ما يأتى: «على الأب سكناهما جميعاً كما فى شرح النقاية عن البحر المحيط وتستحق أجرة الحضانة من غير ارضاع له وكذا إذا احتاج الصغير إلى خادم يلزم الأب به كما أفتى به قارئ الهداية»، كما جاء به: «.. وهذا يعلم من قولهم إذا احتاج الصغير إلى خادم يلزم الأب به... الخ».

كانت حالته تسمح بأكثر من خادم. وإذا كان للأب أكثر من ولد لا يكفيهم خادم واحد، فانه يجوز فرض أجر أكثر من خادم للأولاد إذا كانت حالته تسمح بذلك.

وتقدير ما إذا كان الأولاد يحتاجون إلى أكثر من خادم مما يدخل فى حدود السلطة التقديرية لقاضى الموضوع.

(راجع فى أجر الخادم - الكتاب الثانى بند ١٠٢)

٥- مصاريف العلاج:

لم تنص المادة (١٨ مكرراً ثانياً) المضافة إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على الزام الأب مصاريف علاج الصغير، كما فعلت المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المستبدلة بالقانون المذكور بالنسبة لمصاريف علاج الزوجة حيث نصت على الزام الزوج بها. ومن ثم تعين الرجوع فى ذلك إلى الرأى الراجح فى المذهب الحنفى عملاً بالمادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية[١].

وبالرجوع إلى المذهب الحنفي، نجد أن العلامة ابن عابدين ذكر فى حاشيته أنه لم ير من ذكر وجوب أجر الطبيب وثمن الأدوية على الوالد لابنه وانما ذكروا عدم الوجوب للزوجة[٢].

والذى نراه - مع البعض - أن مصاريف العلاج لا غنى عنها للصغير، وللأقارب المستحقين للنفقة عامة، فهى بهذه المثابة تدخل ضمن الحاجات التى هى مناط فرض نفقة الأقارب فتكون اذن من جملة الكفاية وتجب للقريب على قريبه[٣].

---

(١) والتى حلت محل المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٦١٢.

(٣) الدكتور عبدالعزيز عامر ص٤٤٠

وبهذا الرأى قضت محكمة بركة السبع الجزئية بتاريخ ١٩٨٧/١١/٣ فى الدعوى رقم ١٦٥ لسنة ١٩٨٦.

ومصاريف العلاج تشمل نفقات علاج الأمراض التى تصيب الصغير، سواء كانت بدنية أو نفسية أو عقلية، وسواء كان المرض طارئاً أو مزمناً، سواء ما تعلق منها بثمن الأدوية ونفقات العمليات الجراحية والاقامة بالمستشفيات وكشوف الأطباء، والفحوص والاشعات والتحليلات وما شابهها.

كما يدخل فى هذه المصاريف - خلافاً للزوجة - ثمن الأجهزة التعويضية كالأطراف الصناعية والنظارات الطبية.

ومصاريف العلاج تكون بحسب يسار الأب - كالشأن فى باقى أنواع النفقة - فإذا كانت حالة الأب لا تسمح بتحمل نفقات العلاج، فان عليه علاج صغيرة بالمستشفيات الحكومية بالمجان[١].

---

(١) **وقد افتت دار الافتاء بهذاالراى فجاء بفتواها:**

«قالوا بوجوب النفقة بأنواعها على الحر لطفله الفقير الحر وعرفوه بأنه الولد الذى يسقط من بطن أمه إلى أن يحتلم ولم يذكروا هنا الطبيب وثمن الأدوية وانما ذكروا عدم الوجوب بالنسبة للزوجة وصرحوا بأن الأب إذا كان مريضاً أو به زمانة يحتاج بها إلى الخدمة فعلى ابنه خادمه وكذلك الابن ومرادهم من كون الطفل فقيراً أنه لم يبلغ حد الكسب فان بلغه كان للأب أن يؤجره أو يدفعه فى حرفة ليكتسب وينفق عليه من كسبه ان كان ذكراً وإذا كان الطفل غنياً بأن كان صاحب عقار ونحوه فالأب يبيع ذلك وينفق عليه لأنه غنى بذلك هذا ما قالوه فى جانب الطفل. أما ما قالوه فى جانب الولد الكبير فهو وجوب النفقة المذكورة للولد الكبير العاجز عن الكسب إن كان زمناً أو من أبناء الكرام أو لا يستأجره الناس أو طالب علم لا يتفرغ للكسب فانه فى هذه الأحوال عاجز تجب نفقته على الأب على ما فى القنية والمنح. وصرحوا بأنه لا يشارك الأب ولو فقيراً أحد فى نفقة طفله وولده الكبير العاجز عن الكسب كما عليه الفتوى ما لم يكن الأب معسراً فليحق بالميت فتجب على غيره بلا =

....

= رجوع عليه على الصحيح. وعلى ذلك فان كان للأب فى حادثتنا طفلاً فقيراً لم يبلغ حد الكسب كانت نفقته بأنواعها واجبة على أبيه وكذلك أجرة الطبيب وثمن الأدوية على ما يظهر لأن وجوب النفقة على الوالد لولده انما هو للصلة والتراحم بينهما وقد صارت مداواة الأمراض بعد تحققها وغلبة الظن بافسادها لمزاج البدن من أشد ما يقضى به التراحم ومن أوجب ما تحمل عليه الصلات وقلماً يوجد الآن ممن لهم أقل فهم من ينكر دخول المعالجة فيما تفرضه صلة الوالد بولده أو الولد بوالده حتى أصبح الكثير من ذوى المعرفة الصحيحة يعدها فى منزلة أعلى من النفقة العادية من الأكل والشرب ونحوهما خصوصاً أن من كان مريضاً وله أب موسر لا يمكن أن ينفق عليه فى علاجه أحد من الأجانب أو ذوى القرابة البعيدة فمتى تحقق المرض وسوء أثره فى الجسم تعينت النفقة فى دفعه على والده الموسر وقاية من غائلة المرض وحفظاً للحياة أو للأعضاء من التلف فيلزم الوالد ما انفق فى العلاج وأجرة الطبيب المعالج والكلام فى أن الأدوية وأجرة العلاج لا تلزم من تجب عليه النفقة يجرى فيما إذا لم يتعين العلاج بأن لم يغلب على الظن هلاك البدن أو فساد بعض الأعضاء بتركه أما إذا غلب الظن بذلك وتعين العلاج لم يكن فرق بينه وبين الطعام والشراب مما هو ضرورى لحفظ قوام البنية وكذلك لو كان الابن كبيراً عاجزاً عن الكسب بسبب الزمانة أو كون أبيه من الكرام أو لا يستأجره أحد أو كان طالب علم لا يتفرغ للكسب فان نفقته على أبيه ولو فقيراً وبالأولى ان كان غنياً على ما فى هذا الرقيم ويتبعها أجرة الطبيب وثمن الادوية بالنظر لما قلنا أما إذا كان الابن غير موصوف بوصف من هذه الأوصاف فان نفقته لا تجب على أبيه وكذلك ثمن الأدوية وأجرة الطبيب. هذا ولا يعقل أن تجب أجرة الخادم للولد على والده ولا تجب أجرة الطبيب ونفقة العلاج عليه بل هذه تجب بالأولى من تلك. والله سبحانه وتعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ ٦ رجب سنة ١٣١١هـ)

٢- اطلعنا على هذا السؤال ونفيد أنه قد جاء فى رد المحتار على الدر المختار عند قول الشارح فى باب النفقة وتجب النفقة بأنواعها على الحر لطفلة ما نصه «ولم أر من ذكر هنا أجرة الطبيب وثمن الأدوية وانما ذكروا عدم =

. . . .

= الوجوب للزوجة.. نعم صرحوا بأن الأب إذا كان مريضاً أو به زمانة يحتاج للخدمة فعلى ابنه خادمه وكذلك الابن» أ هـ. وقد كتب المرحوم الشيخ الرافعى فى تقريره على قوله «ولم أر من ذكر هنا أجرة الطبيب الخ» ما نصه «عدم الوجوب ظاهر فان المريض لا تجب عليه مداواة نفسه مع غناه فبالأولى أن لا تجب على غيره وقد عللوا وجوب النفقة عليه بأنه جزؤه فصار كنفسه» أ هـ فقد استظهر الشيخ الرافعى أنه لا تجب أجرة الطبيب ولا ثمن الأدوية للطفل على والده فيكون عدم وجوب هذا على العم الموسر من باب أولى. ولكن ما استظهره فيه نظر إذ قد نص الفقهاء فى باب صدقة الفطر على أنه تجب على الأب صدقة الفطر عن نفسه وعن طفله الفقير وعن ابنه الكبير المجنون لتحقق السبب وهو رأس يمونه ويلى عليه ونصوا على أنه يلزم أن تكون المؤنة الواجبة كاملة مطلقة ومن أجل ذلك لا تجب على الزوج صدقة الفطر عن الزوجة لأنها ضرورية لأجل انتظام مصالح الزواج. ولهذا لا يجب عليه غير الرواتب نحو الأدوية. وظاهر من هذا أن المؤنة الواجبة على الأب لطفله مؤنة كاملة مطلقة فيجب عليه غير الرواتب نحو الادوية وإلا لما وجب عليه صدقة الفطر عنه إذا كان فقيراً. واذن تكون النفقة الواجبة لطفله داخلاً فيها أجرة الطبيب وثمن الأدوية. والواجب على الأب لطفله واجب على العم الموسر. وما قاله المرحوم الشيخ الرافعى من استلزام عدم وجوب مداواة الانسان نفسه لعدم وجوب مداواة من تلزمه نفقته عليه موضع نظر تظهر بالتأمل، ولذلك جاء فى فتوى لنا فى نفقة ابنة على أبيها صادرة بتاريخ ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ ما نصه «ونفيد أنه يجب على الأب القيام بجميع ما تحتاج إليه ابنته من نفقة طعام وكسوة وغير ذلك بحسب المعروف لأمثالها على مثله. واذن تجب عليه نفقة العلاج والدواء والمسكن الصحى» ونقلنا فى فتوى صادرة بتاريخ ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣١ أن ابن عبدالحكم من المالكية ذهب إلى وجوب أجرة الطبيب والمداواة على الزوج لزوجته وهذا ما نميل إليه أخذاً بقواعد الحنيفة السمحة. وخلاصة القول أن الذى يظهر لنا أنه يدخل فى النفقة الواجبة على العم المؤسر جميع ما يحتاج إليه من وجبت له عليه النفقة من طعام وأجره طبيب وثمن دواء. وغير ذلك كيف لا وقد تكون حاجة الانسان المريض إلى أجرة الطبيب وثمن الادوية أشد من حاجته إلى خادم. =

٦- مصاريف التعليم:

(أنظر في التفصيل بند ١٧٨)

ونشير هنا إلى أن قانون التعليم رقم ١٣٩ لسنة ١٩٨١ (المعدل) جعل التعليم الأساسى اجبارياً، وعلى ذلك يلتزم الأب أياً كانت حالته المالية بالانفاق على الصغير فى هذه المرحلة. ولا يلزم بالحاقه بالتعليم الخاص أو الأجنبى إلا إذا كانت حالته المالية والاجتماعية وعرف أمثاله يسمح بذلك.

٧- صدقة الفطـــر:

تجب صدقة الفطر فى مال الصبى ان كان له مال، فان لم يكن له مال فتجب على أبيه، لأنه لا يشترط فى وجوبها البلوغ، فإذا لم يقم الأب باخراجها كان آثماً.

= هذا ما ظهر لنا وبه يعلم الجواب عن السؤال حيث كان الحال كما ذكر به. والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ ٨ يناير سنة ١٩٣٨م)

٣- «عن مصاريف علاج الأولاد: الذى يظهر لنا من قواعد الحنيفة السمحة أنه يدخل فى النفقة الواجبة على الأب الموسر لطفله الصغير الفقير جميع ما يحتاج إليه من النفقة. من طعام وكسوة وأجرة خادم وأجرة طبيب وثمن دواء وغير ذلك، إذ قد تكون حاجة الانسان المريض إلى أجرة الطبيب وثمن الدواء أشد من حاجته إلى خادم، وأيضاً قد نص الفقهاء فى باب صدقة الفطر على أنه تجب على الأب صدقة الفطر عن طفله الفقير لتحقق السبب - وهو رأس يمونه ويلى عليه - ونصوا على أنه يلزم أن تكون المؤنة كاملة مطلقة تشمل غير الرواتب نحو الأدوية، وإلا لما وجب عليه صدقة الفطر عنه إذا كان فقيراً. وعلى ذلك يدخل فى النفقة الواجبة لطفله الفقير أجرة الطبيب وثمن الأدوية. وقد صدرت بذلك فتاوى فى حوادث مماثلة. ومنها الفتوى رقم ٤٠٧ سجل ٤٤ بتاريخ ١٩٣٨/١/٨ ....».

(فتوى صادرة بتاريخ ٣ ابريل سنة ١٩٥٨م)

وبهذا قضت محكمة بركة السبع الجزئية بتاريخ ١٩٨٧/١١/٣ فى الدعوى رقم ١٦٥ لسنة ١٩٨٦ .

٩- تجدد النفقة بتجدد زمانها وسببها:

النفقة تجب شيئاً فشيئاً وتتجدد بتجدد زمانها وسببها وحاجة الصغير للسكنى كحاجته إلى طعام والكسوة وقد يأكل الصغير مما تأكل أمه فى منزل والدها أو زوجها عم الصغير ومع هذا تفرض نفقة طعامه على والده، ولا يقبل الدفع بأن حاجته إلى النفقة انتفت بأكله مع أمه مما تأكل منه - ولو جاز أن يقبل مثل هذا الدفع لما أمكن أن تسمع دعوى نفقة صغير على والده أو قريب فقير عاجز عن الكسب على قريبه الموسر بناء على أن حاجته إلى النفقة انتفت[١] .

١٠- تكفين الصغير وتجهيزه عند وفاته:

المقرر شرعاً أن كفن الميت وتجهيزه فى ماله ان كان له مال، ونفقات الكفن والتجهيز مقدمة على ديونه ووصيته وميراثه، لأن هذا من أصول حوائج الميت فصار كنفقته فى حال حياته[٢] . وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣[٣] .

---

(١) الدعوى رقم ٤٨٥٣ لسنة ١٩٤٣ مستأنف كلى شرعى مصر - جلسة ١٩٤٥/٤/٢٤ - الدعوى رقم ٢٧٥ لسنة ١٩٨٦ كلى مستأنف شبين الكوم - جلسة ١٩٨٦/١١/٢٥ .

(٢) بدائع الصنائع جـ١ ص٣٠٨ وما بعدها.

(٣) فقد جرت على أنه «يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتى :

أولاً : ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن.

ثانياً : ديون الميت.

ثالثا: ماأوصى به فى الحد الذى تنفيذ فيه الوصية.

ويوزع ما بقى بعد ذلك على الورثة، فإذا لم يوجد ورثة قضى من التركة بالترتيب الآتى :

وان لم يكن له مال فكفنه وتجهيزه على من تجب عليه نفقته كما تلزمه كسوته فى حال حياته.وعلى ذلك إذا لم يكن للصغير مال فيلتزم.أبوه بكفنه وتجهيزه.

والواجب على الأب هو التكفين والتجهيز الشرعيين من كفن وطيب وأجرة غسل وحمل ودفن دون ما ابتدع من استئجار قراء واقامة سرادقات وتقديم الطعام للمعزين واقامة أخمسة وأربعين وغير ذلك[١] .

١١- سن الصغير الذى تجب له النفقة:

نصت الفقرة الأولى من المادة على أن تستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفى نفقتها وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادراً على الكسب المناسب.

ومعنى ذلك أن الأب يلتزم نفقة الغلام منذ ولادته إلى أن يبلغ الخامسة عشرة من عمره قادراً على الكسب، فجعل النص سن الخامسة عشرة حداً أدنى لخروج الولد القادر على الكسب للتكسب.

والنص لم يشترط لسقوط نفقة الغلام على أبيه سوى أن يبلغ هذه السن قادراً على الكسب المناسب بصرف النظر عما إذا كان يتكسب فعلاً أم لا، فالمناط فى سقوط نفقته بلوغ هذه السن مع القدرة على الكسب.

وتحسب السن طبقاً للتقويم الهجرى لأنه الأصل فى التقويم الشرعى ما لم يوجد نص بالاعتداد بالتقويم الميلادى، وهذه السن هى أقصى سن البلوغ طبقا للرأى الراجح فى المذهب الحنفى .

ومسلك الشارع فى هذا يتفق مع ظروف مجتمعنا المعاصر، لأن الغلام فى هذه السن ينبغى الآن أن يكون مشغولاً بطلب الحد الأدنى من التعليم الأساسى سواء فى ذلك النظرى أو الذى يؤهله لاحتراف

= أولاً : استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره.

ثانياً : ما أوصى به فيما زاد على الحد الذى تنفذ فيه الوصية فإذا لم يوجد أحد منهؤلاء آلت التركة أو ما بقى منها إلى الخزانة العامة.

(١) راجع فى التفصيل الكتاب الثانى بند (١٠٥).

مهنة فينبغى ألا يكلف - قبل هذه السن - بالخروج للتكسب والاحتراف ولو كان بالغاً أو قادراً على الكسب على نحو ما[١].

وكان الرأى فى المذهب الحنفى - المعمول به من قبل - أن نفقة الغلام على الأب إلى أن يبلغ حد الكسب وان لم يبلغ الحلم، فإذا كان هذا كان للأب أن يؤاجره وينفق عليه من أجرته[٢].

أما بالنسبة للبنت، فيلتزم الأب بنفقتها منذ ولادتها إلى أن تتزوج أو تكسب ما يكفى نفقتها أى الأجلين أقرب.

والسن المحددة لزواج البنت ست عشرة سنة (م٣٣ أ من لائحة المأذونين)، غير أنه إذا تزوجت البنت زواجاً عرفياً قبل هذه السن سقطت نفقتها عن أبيها. والعبرة بتاريخ العقد على البنت لا بدخول الزوج بها، لأن نفقة الزوجة تجب على زوجها من تاريخ العقد الصحيح (م١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥).

وإذا التحقت البنت بعمل تكتسب منه وكان كسبها لا يكفى نفقتها التزم الأب بتكملة النفقة.

---

(١) الدكتور محمد بلتاجى - دراسات فى الأحوال الشخصية ص١٨٩ وما بعدها.

(٢) شرح فتح القدير جـ٤ ص٤١٠ - وقد نصت المادة (٣٩٥) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا على أن «تجب النفقة بأنواعها الثلاثة على الأب الحر ولو ذمياً لولده الصغير الحر الفقير سواء كان ذكراً أو انثى إلى أن يبلغ الذكر حد الكسب ويقدر عليه وتتزوج الأنثى».

١٢- مقدار النفقة الواجبة:

يلتزم الأب بنفقة أولاده بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائم بأمثالهم، وهذا يتفق مع قوله تعالى: ﴿لينفق كل ذى سعة من سعته﴾، فإذا كانت نفقة الأولاد على غير الأب كالجد وغيره فانها تكون بقدر كفايتهم فى حدود يسار الملزم بالنفقة.

وفى هذا قضت محكمة شبين الكوم الابتدائية بتاريخ ١٩٨٦/١٠/٢٥ فى الدعوى رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٨٦ بأن:

«ومن المقرر أنه لا مراء فى أن نفقة الأولاد على أبيهم تكون بقدر يساره وبما يكفل لهم العيش اللائق بأمثالهم وأن الأب لا يشاركه أحد فى نفقة أولاده».

١٣- استحقاق النفقة على الاب من تاريخ الامتناع عن الانفاق:

نصت الفقرة الرابعة من المادة على أن تستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الانفاق عليهم[١].

(١) وهذا الحكم لم يرد فى القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - المقضى بعدم دستوريته - كما لم يرد فى الاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ كما أقرته اللجنة المشتركة بمجلس الشعب، انما أضيف الحكم المذكور إلى المادة أثناء مناقشتها بمجلس الشعب بناء على اقتراح من السيد العضو أحمد مجاهد.

ونورد فيما يلى الاقتراح وما دار فى شأنه من مناقشات:

السيد العضو احمد مجاهد:

لقد تقدمت باقتراح للتعديل باضافة فقرة جديدة فى نهاية هذه المادة تقول: «وعند المنازعة تستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الانفاق».

والسبب فى اضافة هذه الفقرة هو أن المحاكم جرت على أن الحكم بنفقة الأولاد يبدأ من تاريخ الحكم وليس من تاريخ امتناع الأب عن الانفاق، =

ومعنى ذلك أن نفقة الأولاد على أبيهم تكون ديناً فى ذمته من تاريخ الامتناع. ويحق لمن له ولاية المطالبة بنفقتهم المطالبة بمتجمد نفقة المدة الماضية أياً كانت. ولا يسرى على هذه النفقة حكم الفقرة السابعة من المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ التى تنص على أنه: «ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى»، لأن القيد الوارد بهذا النص قاصر على نفقة الزوجية لا يتعداه إلى غير هذا من الحقوق.

وقد نص الشارع على هذا الحكم لأن اجراءات التقاضى قد تطول فيتأخر صدور حكم النفقة وكثيراً ما يكون للأب دخل فى ذلك فتضطر الأم إلى الاستدانة واراقة ماء وجهها.

والحكم المذكور قاصر على نفقة الأولاد على الأب فقط، أما إذا كان الملزم بالنفقة غير الأب ولو كان الجد، فلا يطبق عليه وتستحق النفقة عليه من تاريخ الحكم، فإذا كانت النفقة على الجد مهما علا فانها تستحق أيضاً من تاريخ التراضى.[1]

= وهذا يؤدى إلى بقاء الأم الحاضنة جرياً بين المحاكم لمدة سنة أو سنتين وقد لا تسطيع الانفاق على أولادها فتضطر إلى الاستدانة واراقة ماء وجهها، ومن ثم أرجو المجلس الموقر الموافقة على هذه الاضافة فى نهاية المادة.

رئيس المجلس:

هذا اقتراح منطقى، إذ يجب الحكم بالنفقة من تاريخ الامتناع.

السيد العضو أحمد مجاهد:

... ان المحاكم تحكم بالنفقة من تاريخ الحكم وليس من تاريخ الامتناع عن الانفاق، وشكراً.

(مضبطة مجلس الشعب - جلسة ٩٨ بتاريخ أول يوليو ١٩٨٥ ص٨)

(١) وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٩٩٤/٣/٢٦ فى القضية رقم ٢٩ لسنة ١١ قضائية «دستورية» المرفوعة بطلب الحكم بعدم دستورية الفقرة =

. . . .

= الرابعة من المادة ١٨ مكرراً التى تجعل نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ الامتناع، برفض الدعوى (الحكم منشور بالجريدة الرسمية العدد ١٥ فى ١٤ ابريل سنة ١٩٩٤).

وتنشر الحكم فيما يلى:

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقائع – حسبما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق – تتحصل فى أن المدعى عليها الأولى كانت قد أقامت ضد المدعى الدعوى رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٤ أمام محكمة المنشية للأحوال الشخصية طالبة الحكم بنفقة لابنتها منه أمل المولودة فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٧٣، إلا أن المدعى أنكر نسب هذه البنت إليه، فقررت المحكمة وقف نظر الدعوى حتى يفصل فى النزاع حول النسب، فأقامت المدعى عليها الأولى الدعوى رقم ٢٣٥ لسنة ١٩٧٤ كلى أحوال شخصية الاسكندرية بطلب الحكم بثبوت نسب الصغيرة أمل إلى المدعى فى الدعوى الماثلة، وإذ قضى لها بذلك، فقد طعن المدعى فى هذا الحكم بالاستئناف رقم ١١٠ لسنة ١٩٨٦ شرعى عالى الاسكندرية الذى خلص إلى قبول الاستئناف شكلاً ورفضه موضوعاً وتأييد الحكم المستأنف، فطعن المدعى فى هذا الحكم بالطعن رقم ٨٥ لسنة ٥٧ قضائية أحوال شخصية أمام محكمة النقض التى قضت بجلسة ٢٤ يناير ١٩٨٩ بعدم قبول الطعن. وإذ قامت المدعى عليها الأولى باتخاذ إجراءات تجديد نظر دعواها رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٤ المشار إليها حيث قضت فيها محكمة المنشية بتاريخ ٢٣ فبراير سنة ١٩٨٩ بإلزام المدعى «أن يؤدى لها اعتباراً من ٧ ديسمبر سنة ١٩٧٣ ثلاثين جنيهاً أجر حضانتها للصغيرة أمل حتى تنتهى حضانتها لها شرعاً أو قانوناً...»، فطعن المدعى والمدعى عليها الأولى فى هذا الحكم بالاستئنافين رقمى ٢٣٥، ٢٤٧ لسنة ١٩٨٩ أحوال شخصية الاسكندرية. وبعد ضم الاستئنافين لنظرهما معاً، دفع المدعى بعدم دستورية نص المادة ١٨ مكرراً ثانياً المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، فقدرت محكمة الموضوع جدية هذا الدفع وصرحت برفع الدعوى الدستورية، فأقام الدعوى الراهنة. =

. . . .

= وحيث أن المادة ١٨ مكرراً ثانياً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، والمضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، تنص على ما يأتي:

فقرة أولى: إذا لم يكن للصغير مال، فنفقته على أبيه.

فقرة ثانية: وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفي نفقتها، وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادراً على الكسب المناسب، فإن أتمها عاجزاً عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية، أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده، أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب، استمرت نفقته على أبيه.

فقرة ثالثة: ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره، وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم.

فقرة رابعة: وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ الامتناع عن الانفاق عليهم.

وحيث إن البين من الأوراق أن المدعى قد أقام دعواه الدستورية ناعياً على الفقرة الرابعة من المادة ١٨ مكرراً ثانياً - سالفة الذكر - مخالفتها نص المادة الثانية من الدستور التى توجب الرجوع إلى مبادئ الشريعة الاسلامية فيما تقرره السلطة التشريعية من قواعد قانونية، تأسيساً على أن هذه المبادئ قيد عليها لا يجوز لها التنصل منه، وأن أئمة المذهب الحنفى قد أجمعوا على أن نفقة الأولاد لا تستحق عن مدة ماضية باعتبار أن مناطها الحاجة فلا يلتزم الأب بها عن المدة السابقة على فرضها قضاء، ولازال هذا المبدأ قائماً عملاً بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية - حتى بعد إلغاء عديد من نصوصها - إذ تحيل المادة ٢٨٠ منها فيما يجب العمل فى نطاق المسائل التى تنظمها إلى أرجح الآراء فى مذهب أبى حنيفة وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيها.

وحيث إن الأصل فى المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية - هو أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية وذلك بأن يكون الحكم الصادر فيها مؤثراً فى الطلب الموضوعى المتصل بها والمطروح على محكمة الموضوع. متى كان ذلك، =

. . . .

= وكان الطعن الماثل منحصراً فى الفقرة الرابعة من المادة ١٨ مكرراً ثانياً المشار إليها، فإن المسألة الدستورية التى تدعى هذه المحكمة للفصل فيها إنما تتحدد بها دون غيرها ولا تمتد لسواها.

وحيث إن تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشئون الدينية والاجتماعية والأوقاف فى شأن مشروع القانون المقدم إلى مجلس الشعب بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، يدل على أن هذا المشروع أدرج ضمن أحكامه المادة ١٨ مكرراً ثانياً بفقراتها الثلاث، أما الفقرة الرابعة - المطعون عليها - فقد أضيفت إليه بناء على اقتراح من أحد أعضاء مجلس الشعب إبان الفصل التشريعى الرابع من دور الانعقاد العادى الأول لهذا المجلس، وقد أشار هذا العضو إلى أن سبب إضافتها هو «أن المحاكم جرت على أن فرض نفقة الأولاد يبدأ من تاريخ الحكم بها، وليس من تاريخ امتناع الأب عن الانفاق، وهذا يؤدى إلى بقاء الأم الحاضنة جرياً بين المحاكم لمدة سنة أو سنتين قد لا تستطيع خلالها الانفاق على أولادها مما يضطرها إلى الاستدانة وإراقة ماء وجهها». ولا تدل الأعمال التحضيرية للنص التشريعى المطعون عليه على اعتراض أحد من أعضاء المجلس النيابى عليها. كذلك خلت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية مما يعين على تحديد مراميها. بيد أن هذا النص- الذى لم تكن تتضمنه قوانين الأحوال الشخصية السابقة عليه - قاطع فى الدلالة على أمرين: أولهما: أن نفقة الولد تكون ديناً فى ذمة أبيه منذ امتناعه عن أدائها مع وجوبها، وأن لولده بالتالى - وبالشروط المنصوص عليها فى الفقرات الثلاث من المادة ١٨ مكرراً ثانياً سالفة البيان - أن يقيم دعواه لطلبها وله أن يقتضيها عن أية مدة سابقة على الحكم بها، ولو استطال زمنها. ثانيهما: أن الفقرة الرابعة من المادة ١٨ مكرراً ثانياً - وهى النص المطعون عليه- وقد جاء حكمها مطلقاً من قيد الزمان - لا يجوز تقييدها بالقيد الذى أورده المشرع فى شأن المدة التى لا يجوز بعدها للزوجة أن تقتضى النفقة من زوجها، ذلك أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية وإن استعاض عن نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص ببعض أحكام النفقة ومسائل الأحوال الشخصية بنص جديد =

. . . .

= يعتبر نفقة الزوجة دينا على زوجها من تاريخ امتناعه عن إيفائها مع وجوبها، وقرن ذلك بعدم جواز سماع دعواها عن مدة ماضية تزيد على سنة نهايتها تاريخ رفعها، إلا أن حكم هذا النص خاص بنفقتها هى التى تستحق لها مقابل احتباسها لحق زوجها عليها وإمكان استمتاعه بها، ولا يعتبر بالتالى منصرفاً إلى سواها.

وحيث إن من المقرر أنه إذا كان الصغير ذا مال حاضر، فإن نفقته تقع فى ماله ولا تجب على أبيه، فإذا لم يكن له مال يكفيه، فإن وجوبها على أبيه وانفراده بتحملها بقدر احتياج الولد لها، قاعدة ثابتة لا تأويل فيها، ولا يجادل المدعى فى أصل الحق فى النفقة، ولا فى أن نفقة الولد على أبيه غير مقدرة بنفسها، بل بكفايتها. وليس ثمة مطعن من جهته فى مشروعية شروط استحقاقها التى تطلبتها المادة ١٨ مكرراً ثانياً بفقراتها الثلاث، وإنما تدور دعواه الدستورية حول جواز ثبوتها ديناً فى ذمة الوالد عن فترة ماضية غير قصيرة إذا لم يكن ثمة تراض بها أو قضاء بفرضها، ذلك أن الأصل عنده أن نفقة الصغير لا تكون ديناً فى ذمة أبيه إلا من تاريخ الحكم بها أخذاً بما قرره الحنفية ومن قال برأيهم من الفقهاء، وإذ عدل النص التشريعى المطعون عليه عن هذه القاعدة التى تستمد أصلها من مبادئ الشريعة الإسلامية، فقد غدا مخالفاً لنص المادة الثانية من الدستور التى تنص على أن الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية وأن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع.

وحيث إن ما نص عليه الدستور فى مادته الثانية – بعد تعديلها فى سنة ١٩٨٠– من أن مبادئ الشريعة الإسلامية فى المصدر الرئيسى للتشريع، إنما يتمحض عن قيد يجب على السلطة التشريعية التزامه فى التشريعات الصادرة بعد العمل بالتعديل الدستورى المشار إليه – ومن بينها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية – فلا يجوز لنص تشريعى أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التى لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً. ومن غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هى عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها أو الالتواء بها عن معناها. =

. . . .

= وتقتصر ولاية المحكمة الدستورية العليا فى شأنها على مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها. ذلك أن المادة الثانية من الدستور تقدم على هذه القواعد أحكام الشريعة الإسلامية فى أصولها ومبادئها الكلية إذ هى إطارها العام وركائزها الأصيلة التى تفرض متطلباتها دوماً، بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها، وإلا اعتبر ذلك تشهياً وإنكاراً لما علم من الدين بالضرورة. ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو بهما معاً، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد لسواها، وهى بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيماً لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعاً ولا يعطل بالتالى حركتهم فى الحياة، على أن يكون الاجتهاد دوماً واقعاً فى إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها، ملتزماً ضوابطها الثابتة، متحريا مناهج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها، كافلاً صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

وحيث ان أية قاعدة قانونية ولو كان العمل قد استقر عليها أمداً، لا تحمل فى ذاتها ما يعصمها من العدول عنها وإبدالها بقاعدة جديدة لا تصادم حكماً شرعياً قطعياً ورودا ودلالة، وتكون فى مضمونها أرفق بالعباد وأحفل بشئونهم وأكفل لمصالحهم الحقيقية التى يجوز أن تشرع الأحكام لتحقيقها، وبما يلائمها. فذلك وحده طريق الحق والعدل وهو خير من فساد عريض. ومن ثم ساغ الاجتهاد فى المسائل الاختلافية التى لا يجوز أن تكون أحكامها جامدة بما ينقض كمال الشريعة ومرونتها. وليس الاجتهاد إلا جهداً عقلياً يتوخى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، وهو بذلك لا يجوز أن يكون تقليداً محضاً للأولين، أو افتراء على الله كذباً بالتحليل أو التحريم فى غير موضعيهما، أو عزوفا من النزول على أحوال الناس والصالح من أعرافهم. وإعمال حكم العقل فيما لا نص فيه توصلاً لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بين عباده، مرده أن هذه القواعد تسعها الشريعة الإسلامية، إذ هى غير منغلقة على نفسها، ولا تضفى قدسية على أقوال أحد من الفقهاء فى شأن من شئونها، ولا تحول دون مراجعتها وتقييمها وابدالها بغيرها، فالآراء الاجتهادية ليس لها - فى ذاتها - قوة ملزمة متعدية لغير القائلين بها، =

. . . .

= ولا يجوز بالتالى اعتبارها شرعاً ثابتاً متقرراً لا يجوز أن ينقض، وإلا كان ذلك نهياً عن التأمل والتبصر فى دين الله تعالى، وإنكاراً لحقيقة أن الخطأ محتمل فى كل اجتهاد، بل إن من الصحابة من تردد فى الفتيا تهيباً. ومن ثم صح القول بأن اجتهاد أحد من الفقهاء ليس أحق بالاتباع من اجتهاد غيره. وربما كان أضعف الآراء سنداً، أكثرها ملاءمة للأوضاع المتغيرة ولو كان مخالفاً لأقوال استقر عليها العمل زمناً. ولئن جاز القول بأن الاجتهاد فى الأحكام الظنية وربطها بمصالح الناس – عن طريق الأدلة الشرعية النقلية منها والعقلية – حق لأهل الاجتهاد، فأولى أن يكون هذا الحق ثابتاً لولى الأمر يستعين عليه – فى كل مسألة بخصوصها وبما يناسبها – بأهل النظر فى الشئون العامة، إخماداً للثائرة وبما يرفع التنازع والتناحر ويبطل الخصومة، على أن يكون مفهوماً أن اجتهادات السابقين لا يجوز أن تكون مصدراً نهائياً أو مرجعاً وحيداً لاستمداد الأحكام العملية منها، بل يجوز لولى الأمر أن يشرع على خلافها وأن ينظم شئون العباد فى بيئة بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله مستلهما فى ذلك حقيقة أن المصالح المعتبرة هى تلك التى تكون مناسبة لمقاصد الشريعة متلاقية معها، وهى بعد مصالح لا تتناهى جزئياتها أو تنحصر تطبيقاتها، ولكنها تتجدد تبعاً لما يطرأ عليها من تغيير وتطور ومن ثم كان حقاً عند الخيار بين أمرين، مراعاة أيسرهما ما لم يكن إثماً، وكان واجباً كذلك ألا يشرع ولى الأمر حكماً يضيق على الناس أو يرهقهم من أمرهم عسراً، وإلا كان مصادماً لقوله تعالى: ﴿ما يريد الله ليجعل عليكم فى الدين من حرج﴾. ولازم ذلك أن الاجتهاد حق لولى الأمر فى الدائرة التى شرع فيها، ليكون كافلاً وحدة الشريعة ميسراً لقواعدها، بإمدادها دوماً بما يعين على اكتمال نمائها.

وحيث إنه ليس ثمة نص قطعى يقرر حكماً فاصلاً فى شأن جواز اقتضاء الولد لنفقته عن المدة الماضية غير القصيرة، ومن ثم يكون طريق الاجتهاد فى هذا النطاق مفتوحاً، فلا يصد اجتهاد اجتهاداً أو يصادره، ولا يقابل اجتهاد على صعيد المسائل التى تنظم الأسرة بغيره إلا على ضوء أوضاعها وأعرافها، بما لا يناقض شريعة الله ومنهاجه. =

....

= وحيث إنه وإن كان الحنفية ومن نحا نحوهم، قد ذهبوا إلى أن نفقة الولد عن المدة الماضية لا تكون واجبة، ولا يتصور الابراء منها قبل ثبوتها دينا فى ذمة أبيه، وإنها لا تكون كذلك إلا إذا كان ثمة تراض بها أو كان القاضى قد فرضها، إلا أنهم فى اتجاههم هذا يفترضون أن مضى هذه المدة دون المخاصمة عنها أو التراضى بشأنها لا يدل إلا على استغناء الولدعن استيفائها باعتبار أن الصغير أو الولد البالغ العاجز قد دبرأمره ووجد ما يكفيه خلال المدة الماضية، بما يغنيه عن النفقة التى يطلبها من أبيه، وليس له من بعد إبراءه منها لعدم ثبوتها فى جانبه، ولا أن يعود إلى اقتضائها بعد أن أسقط الحق فيها إذ الساقط لا يعود.

وحيث إن هذا الافتراض الذى انبنى عليه الرأى السابق، لا يستقيم فى كل الأحوال، ولا يعكس الصور الأكثر وقوعاً فى الحياة العملية، ولا دليل على أن القول به أوفق لصالح الأسرة وأكفل لدعم التراحم بين أفرادها، وهو كذلك يناقض جوهر العلاقة بينهم، وقد يقوض بنيانها. وتغير الزمان يدعو إلى العدول عن هذا الاجتهاد إعمالاً للمرونة التى تسعها الشريعة الإسلامية فى أحكامها الفرعية المستجيبة للتطور توخياً لربطها بمصالح الناس واحتياجاتهم المتجددة وأعرافهم المتغيرة التى لا تصادم حكماً قطعياً، وهى مرونة ينافيها أن يتقيد ولى الأمر بآراء بذاتها لا يريم عنها، أو أن يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية تكون المصالح المعتبرة شرعاً قد جاوزتها. وتلك هى الشريعة الإسلامية فى أصولها ومنابتها، متطورة بالضرورة، نابذة الجمود، لا يتقيد الاجتهاد - وفيما لا نص عليه فيها - بغير ضوابطها الكلية، وبما لا يعطل مقاصدها. وفى هذا الاطار يكون العدول عن الافتراض الذى قال به الحنفية ومن اتبعهم لازما عقلا، ومطلوباً ديانة، ومحققاً لمصالح لها اعتبارها. ذلك أنه لا نزاع فى أن نفقة الولد على أبيه لا يتحملها سواه ولا يشارك فيها غيره. ولئن صح القول بأن علاقة الشخص بذوى قرباه - من غير أبنائه - تقوم فى جوهرها على مجرد الصلة - ولو لم تكن صلة محرمية - إلا أن الولد بعض من أبيه أو هو جزؤه الذى لا ينفصل عنه، وإليه يكون منتسباً فلا يلحق بغيره. وهذه الجزئية أو البعضية مرجعها إلى الولادة، وليس ثمة نفع يقابلها ليكون فيها معنى العوض. ومن ثم كان اختصاص الوالد دون غيره بالانفاق على عياله ثابتاً لا جدال فيه، =

....

= باعتبار أن الانفاق عليهم كإنفاق الوالد على احتياجاته هو صونا لحياته. لأن عجزهم عن النظر لأنفسهم والقيام على حوائجهم يفرض بذاته نفقتهم التى لا يجوز لأبيهم أن يحجبها عنهم إعمالاً لقوله عليه السلام «كفى بالمرء إثما أن يضيع من يقوت». وإذا كان متعيناً على الوالد إيفاء نفسه حقها توقيا لاهلاكها، فإن سعيه لضمان مئونة أولاده - وهم بعض منه - يكون واجبا باعتبار أن الحاجة داعية إليه، والمصلحة تقتضيه. والأصل فى الولد - إذا كان بالغاً عاجزاً عن الكسب- حقيقة أو حكماً - ألا يكون مغاضباً لأبيه أو عصياً حتى يتخلى والده عنه، فإن كان صغيراً فإن الانفاق عليه أولى موالاة لشئونه وإصلاحا لأمره. وسواء كان الولد بالغاً أو صغيراً، فإن حبس النفقة عنه - لمجرد فوات مدة غير قصيرة على طلبها - لا يعدو أن يكون إعناتاً منطوياً على التضييق عليه بإنكار نفقة لازمة لحاجاته الضرورية المعجوز عن تحصيلها. ولامراء فى أن دين هذه النفقة يكون مستحقاً فى ذمة أبيه منذ قيام سببها، ذلك أن الحقوق لا تنشأ إلا مترتبة على موجباتها التى يعكسها أن الولد ليس له مال يكفيه لسد الخلة - بمعنى دفع الحاجة - وبمقدار ما يكون من النفقة معروفاً، ولا يجوز بالتالى إسقاطها بعد قيام الحق فيها إلا بإيصالها إلى ذويها أو بالابراء منها. ومجرد تراكمها عن مدة ماضية ليس كافياً بذاته لترجيح قالة العدول عنها،إذ هى نفقة شرعية تقتضيها الضرورة، وبمراعاة أن مبلغها ليس سرفاً زائداً عما اعتاده الناس، وإن وجب ألا تقل عن حد الكفاية محدداً لأولاده على ضوء ما يليق بأمثالهم. ومن هذه الزاوية قيل بأن الوالد وإن علا لا يحبس فى دين لولده وإن سفل إلا فى النفقة، لأن فى الامتناع عنها مع وجوبها ضياع لنفس مستحقها وإتلاف لها.

وحيث إن قول الحنفية بأن التراخى عن اقتضاء نفقة الولد عن مدة ماضية هو نزول ضمنى عنها يحول بعدئذ دون فرضها قضاء عما يكون قد تجمد منها خلال تلك المدة، لا يعدو أن يكون إحداثاً من جانبهم لقرينة قانونية قاطعة لا يجوز هدمها ولو قام الدليل على نقيضها. وهى بعد قرينة لا يظاهرها واقع الحال. والقول بها حمل للولد على أن يلاحق أباه دوماً وأن يقاضيه عن كل مدة يسيرة- وهى تلك التى لا يطول زمنها بما يجاوز الشهر عند أكثر الفقهاء- لاقتضاء النفقة التى يستحقها منه خلالها، وليس ذلك إلا تمزيقاً أو =

= على الأقل إضعافاً لصلة كان يجب أن تتواصل بين الولد وأبيه لأن فصمها أو الحض على قطعها يعد حراماً لا شبهة فيه. فقد دعا الله الولد أن يكون مصاحباً لوالديه في الدنيا معروفاً، رؤوفاً بهما - لا مخاصماً أو مناجزاً - ولو منعاه ما يستحق. وإدرار النفقة عليه وبقدر كفايته - وعن أية مدة لم يتم الوفاء بها خلالها - أكفل لحياته وأحفظ لعرضه وعقله. وهو كذلك أدخل إلى تربيته وتقويم اعوجاجه بما يرده دوماً إلى قيم الدين وتعاليمه. وقد يتحمل الولد مشاق الحياة صابراً عليها ولا يقاضى أباه عن المدة القصيرة براً بوالديه، وإحسانهما إليه مفترض. وقد يكون مؤملاً زوال جفوة طارئة بين أمه وأبيه ليعود الوئام بينهما. وربما امتنع الأولاد عن سؤال الناس إلحافاً رحمة بأبيهم ولو تحرجوا زمناً من الحصول منه على ما يغنيهم. وذلك كله من مقاصد الشريعة الغراء وأنبل غاياتها. وإذا كان للأم أن تأخذ من مال زوجها ما يعينها هى وأولاده منها معروفاً إعمالاً لقوله تعالى: ﴿لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده﴾ كان لولى الأمر أن يعمل على إيفائها النفقة التى يستحقها الأولاد، طال زمنها أو قصر - ولو استدانت بغير إذن القاضى لاشباع حاجاتهم الضرورية - وذلك توكيداً لوجوبها بعد نشوء الحق فيها. وقوله عز وجل: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ هو إخبار منه تعالى عن وجوب نفقة الأولاد مطلقا من قيد الزمان، ولا يجوز تقييد المطلق بغير دليل وإلا كان ذلك تأويلاً غير مقبول، ولأن المأمور به وجوباً يكون نفعه غالباً. وليس معروفاً بحال أن يكون مطل الوالد مضيعاً للنفقة عن المدة الماضية، ذلك أن فواتها قد يكون عائداً إليه بالوعود التى يبذلها لبنيه. ولا يعدو هذا المطل أن يكون ظلما يلحق الضرر بعياله. والقاعدة الثابتة أنه لا ضرر ولا ضرار، وهى قاعدة لازمها ألا يفيد الوالد من خطئه وأن يرد عليه قصده، ونصها يفيد دفع الضرر قبل وقوعه، ورده بعد حدوثه، واختيار أهون الشرين دفعاً لأعظمهما. وحمل الوالد على إيفاء النفقة التى حجبها - عناداً أو إهمالاً - عن أولاده، هو إلزام بما هو لازم بعد أن منعهم منها دون حق، وأهدر أصل وجوبها لأولاده المحتاجين إليها. وإذا كان الأصل فى الضرر أن يزال وكان من المقرر كذلك أن الضرر لا يكون قديماً فلا يتقادم، فإن لولى الأمر أن يفرض على الوالد نفقة أولاده - عن المدة السابقة التى ماطل خلالها فى الوفاء بها- استصحاباً لأصل استحقاق الديون بمجرد =

....

= نشوئها ديناً فى الذمة، ودفعاً لضرر ينال من أولاده وقد يكون جسيماً فى مداه. ولا يجوز بالتالى أن يكون فوات الزمن حائلاً دون استحقاق النفقة الواجبة، ولا أن يتخذ الوالد من قدمها ذريعة لاسقاطها بعد ثبوتها. ومقابلة ظلم الوالد بالعدل ليس إلا حقاً تقتضيه المصلحة وواجباً تفرضه الضرورة. وإذا كان الحنفية ومن تبعهم يقولون إن النفقة تكون واجبة شيئاً فشيئاً وفق مرور الزمان تأصيلاً من جانبهم لسقوطها بمضى المدة غير القصيرة بمقولة إن فواتها دليل انقطاع احتياج الولد إلى نفقته، إلا أن قيد الزمان فى ذاته – ومجرداً من أى اعتبار آخر – لا يجوز أن يكون مفوتاً للحق فى النفقة نافياً استحقاق ما يكون قد تجمد منها، ولأن الحقوق لا تسقط عن أصحابها إلا بإرادة النزول عنها، وهى إرادة لا تفترض، بل يجب أن يقوم الدليل عليها قاطعاً، وبوجه خاص فى الأحوال التى تكون فيها قالة «النزول عن الحق ترشيح لضياع نفس أو تعريضها لمخاطر داهمة».

وحيث إن ما قرره المدعى – مؤيداً فى ذلك بأقوال نفر من الفقهاء – من أن نفقة الولد على أبيه لا تجب إلا من تاريخ الحكم بها، ربما كان ملائماً بمقاييس زمانهم حيث كان الوازع الدينى قوياً وكان أمراً ميسراً كذلك اللجوء إلى قاض يوفر حلاً ناجزاً بعد فترة وجيزة من عرض النزاع عليه. وقد دل تغير الزمان على تراخى الهمم وخور العزائم وفساد الضمائر، ولم يعد بعض الآباء رفقاء بأبنائهم أحفياء بهم، وتعين بالتالى أن يكون الحكم الشرعى دائراً مع تغير الزمان والمكان والأحوال والأشخاص، ولأن الأصل فيما يعد معروفاً فى مجال النفقة، إنما يكون عائداً إلى كل جهة بالنظر إلى ما يكون غالباً بين أهلها. وما نراه اليوم هو أن الخصومة القضائية التى يقيمها الولد على أبيه للحصول منه على نفقته التى تكفيه، قد تكون من قبل أبيه لدداً، وقد تتعقد إجراءاتها ويتراخى الفصل فيها فلا يصدر الحكم بها إلا بعد زمن يطول أو يقصر، وهو ما يعنى سقوطها – وفق أقوال هؤلاء الفقهاء – عن المدة السابقة على تقريرها. وليس ذلك تحصيلاً للنفقة التى يستحقها الولد وطلبها وأقام الدليل عليها، بل هو إهدار لأصل وجوبها لسبب لا يرجع إليه. هذا إلى أن الأصل فى نفقة الولد المحتاج إليها، أن قوامها الجزئية التى لا تنفصم عراها بين الولد وأبيه بمضى الزمان. كذلك فإن الحكم بالنفقة– وقدقام سببها من قبله– =

١٤- الأب المسجون:

إذا حكم على الأب بعقوبة سالبة للحرية لجريمة من الجرائم كالأشغال الشاقة أو السجن أو الحبس، فإن ذلك لا يغير من حاله فى شئ إذ يعتبر حياً وقادراً على الكسب - إن لم يكن به مرض يقعده - وإنما حالت العقوبة دون كسبه، ومن ثم فإنه يلحق بالمعسر، وتكون نفقة ابنه عليه ولكن يؤمر من يليه فى الترتيب بأدائها على أن يرجع على الأب.

= لا يعدو وأن يكون مظهراً للحق فيها كاشفاً عنه، وليس منشئاً لوجوده من العدم أو خالقاً، ذلك أن ثبوت نفقة الولد دينا على ذمة أبيه يعتبر أثراً مترتباً على اكتمال وجوبها ولو كان تدخل القاضى لازما لتحديد مقدارها عند النزاع فيه. ولقد قال المالكية بما يفيد جواز تحصيل النفقة عن مدة ماضية، إذ يبين من بعض أقوالهم أنه إذا رفع الولد مستحق النفقة دعواه عما يكون متجمداً منها فى الماضى إلى حاكم لا يرى السقوط بمضى الزمن، فإن قضاءه بلزومها لا يعنى أنه فرضها عما يأتى مستقبلاً من الزمان، إذ لا يجوز للحاكم أن يفرض شيئاً على الدوام قبل وقته.

وحيث إنه متى كان ذلك، وكان دستور جمهورية مصر العربية قد نص فى مادته التاسعة - وأحكامه متكاملة لا تنافر فيها - على أن الأسرة قوامها الدين والأخلاق والوطنية، وأن صون طبعها الأصيل - بما يقوم عليه من القيم والتقاليد - يعد التزاماً على الدولة عليها أن تعمل على تنميته وتوكيده داخل المجتمع، وكان ما قرره الدستور على هذا النحو ليس إلا تثبيتاً لضرورة العمل على وحدة الأسرة وفرض تماسكها بما يصون قيمها ويرسيها على الدين والخلق القويم ضماناً للتواصل والتراحم والتناصف بين أفرادها - وهو ما سعى إليه النص المطعون فيه - فإنه لا يكون مخالفاً للدستور.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى وبمصادرة الكفالة وألزمت المدعى المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

أمين السر   *رئيس المحكمة*

أما إذا كان الأب المسجون يتقاضى أجراً لعمل يقوم به يكفى لنفقة الابن، فإن نفقة الابن تكون فى مال الأب.

١٥- من له حق المطالبة بنفقة الصغير؟

للحاضنة ولاية المطالبة بنفقة الصغير ممن تجب عليه، مادام الصغير فى يدها، ولا يغير من ذلك أن نفقة الصغير من حقه هو.

وقد قضى بأن:

١ - «من المقرر شرعاً أن النفقة تتبع اليد وإذا كان الثابت من الاقرار المقدم من المدعى صدوره عن المدعى عليها يفيد أنها قد قامت بتسليمه الصغيرة رحاب ومن ثم فانه يكون قد انقضى موجب الزامه بأن يؤدى إليها نفقة الصغيرة التى كانت فى حضانتها عند صدور الحكم المطلوب ابطاله».

(بركة السبع الجزئية - جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٠ - الدعوى رقم ٨٢ لسنة ١٩٨٧) - أيضاً بندر المنيا الجزئية - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٨- الدعوى رقم ٢٨٦ لسنة ١٩٨٧).

(أنظر البند التالى)

١٦- النفقة تعتمد اليد ولو انتهت مدة حضانة النساء:

المقرر شرعاً أن نفقة الصغير تعتمد اليد، فتكون نفقة الصغير لمن يكون الصغير فى يده، بمعنى أنه يكون صاحب الحق فى المطالبة بها. فإذا انتهت مدة حضانة النساء للصغير ومع ذلك ظلت الحاضنة ممسكة بالصغير فانه يثبت لها الحق فى تقاضى النفقة، لأن وجود الصغير فى يد حاضنته أمانة ولكنها من نوع آخر غير الأمانة التى يعبر عنها الفقهاء بالوديعة والتى يعتبر الامتناع عن ردها لمالكها غصباً، لأن الذى أودع الصغير يد حاضنته إنما هو الشرع أو حكم القانون لمصلحة الطفل التى هى من الصالح العام الذى يحتم رعاية الصغار والقيام بتربيتهم إلى أن يتمكنوا من الاستقلال برعاية شئونهم.

فإذا تجاوزت الحاضنة الحق فى امساك الصغير فلا يقال أنها غاصبة، وانما يقال أنها أتت عملاً ينافى المصلحة والجزاء على فعلها هذا، تولى شأنه قانون العقوبات، كما أن الغصب شرعاً إزالة يد محقة واثبات يد مبطلة فى مال محترم متقوم والانسان ليس مالا فلا يتصور فيه الغصب[1].

غير أن حق الحاضنة فى المطالبة بالنفقة يزول، ويثبت للصغير دونها، إذا أتم خمس عشرة سنة ميلادية كاملة، إذا تثبت له أهلية التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية عملا بالمادة الثانية من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.

١٧- انتقال المفروض لنفقة الصغير من حاضنة إلى أخرى:

إذا انتقلت حضانة الصغير من حاضنة إلى أخرى وأصبح الصغير فى يدها، فان المفروض لنفقة الصغير لا يسقط بانتقال الحضانة وانما ينتقل إلى الحاضنة الجديدة.

وكذلك لا يسقط باستلام والد الصغير له من حاضنته وانما الذى يسقط هو الأمر بالأداء فيكون طلب استمراره بعد عودة الصغير إلى حاضنته صحيحاً ويؤمر الأب بأدائه للحاضنة ثانية.

وهذا خلاف أجر الحضانة فإنه - كما أوضحنا سلفاً - يسقط بانتهاء الحضانة، والساقط لا يعود.

وقد سارت أحكام المحاكم على هذا الرأى.

فقضت محكمة بركة السبع الجزئية بتاريخ ١٩٨٨/٥/٢٤ فى الدعوى رقم ٢٣١ لسنة ١٩٧٨ بأن:

«وحيث أنه عن طلب نقل المقرر لنفقة الصغيرة هدية بالحكم رقم ٢٣١ لسنة ١٩٧٨ نفس بركة السبع فانه من المقرر أن ولاية الحاضنة بالمطالبة بنفقة

---

(١) المستشار صلاح الدين زغو ص٣٠١ وما بعدها.

الصغير منوطة بيدها عليه إذ النفقة تعتمد اليد، فإذا خرج الصغير من يد أمه إلى جدته لأمه انتقل حق المطالبة بالمقرر لنفقته من الأم إلى الجدة لأم من تاريخ انتقاله إلى يدها.

وحيث أن الثابت من شهادة شاهدى المدعية أن الصغيرة هدية قد أصبحت فى يد وحضانة المدعية من تاريخ زواج والدتها المدعى عليها الثانية بأجنبى عنها فضلاً عن أن المحكمة قد شاهدت الصغيرة المذكورة بيد المدعية ومن ثم يكون للمدعية حق المطالبة بالمقرر لنفقة الصغيرة هدية من التاريخ المذكور وتجيبها المحكمة إلى طلبها فى هذا الشأن».

(أيضاً محكمة بندر شبين الكوم الجزئية بتاريخ ١٩٨٨/٦/٢١ - الدعوى رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٧)

١٨- المقاصة فى النفقة:

نفقة الصغير هى حقه، وليس للحاضنة إلا ولاية المطالبة بها وانفاقها عليه، ومن ثم لا تسقط نفقة الولد عن الأب بدين له على الأم، فلا تسقط ببدل الخلع مثلاً ولا بغيره من سائر ديونه عليها، وعلى ذلك لا يجوز للأب طلب المقاصة بين نفقة ولده وبين دين له فإذا طلب ذلك كان طلبه غير مسموع شرعاً[١].

---

(١) فقد جاء بحاشية الرملى على جامع الفصولين جـ١ ص١٩٨ ما يأتى:

«ولو اختلعت نفسها من زوجها بمهرها ونفقة ولدها عشر سنين وهى معسرة لا تقدر على نفقة ولدها فلها أن تطالب الزوج بنفقة الولد لأن بدل الخلع دين عليها فلا تسقط نفقة الولد عنه بدين له عليها كما إذا كان له عليها دين آخر وهى لا تقدر على قضائه لا تسقط نفقة الولد» - السيدة الشرعية فى ١٩٣٢/٩/١٩ - الدعوى رقم ١٨٥٣ لسنة ١٩٣١.

١٩- الصلح على النفقة:

يجوز للأم الصلح مع الأب على نفقة الصغير ولو بزيادة يسيرة مما يتغابن فيه الناس، أما إذا كانت الزيادة غير يسيرة مما لا يتغابن فيه الناس، فان الصلح لا يكون ملزماً للأب، وله أن يطلب من المحكمة الجزئية المختصة انقاص القدر الزائد، وإذا كان الصلح على ما لا يكفى الصغير فإن الصلح لا يكون ملزماً للأم، ولها أن تطلب زيادة النفقة إلى حد الكفاية(١).

٢٠- الابراء من النفقة:

لا تملك الزوجة ابراء زوجها من نفقة الصغير لأن النفقة خالص حق الصغير، وكل مالها هو مجرد حق المطالبة بها لانفاقها على الصغير ولا يستطيع الانسان أن يبرئ غيره من حق الآخرين.

فإذا أبرأت الزوجة الزوج من نفقة الصغير فلا يلزمها هذا الابراء ولها أن تطالبه بنفقته.

وهذا على خلاف أجرى الارضاع والحضانة فيمكن للزوجة - على نحو ما أوضحناه سلفاً - أن تبرئ منهما الزوج لأنهما حقها.

إلا أنه يجوز للزوجة التحمل بنفقة أولادها عن زوجها نظير طلاقها، فى الطلاق على مال أو الخلع فيكون ذلك بدلاً من الطلاق على مال أو الخلع،

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٦١٣ وقد جاء به: «وقوله وصح صلحها قيل وجيه أن الأب هو العاقد من الجانبين،وقيل من جانب نفسه والام من جانب الصغار لأن نفقتهم من أسباب الحضانة وهى للأم «ذخيرة» قوله تدخل تحت التقدير تفسير لليسيرة، وذلك كما لو وقع الصلح على عشرة، وإذا نظر الناس فبعضهم يقدر الكفاية بعشرة وبعضهم بتسعة بخلاف ما لو وقع الصلح على خمسة عشر أو على عشرين فان الزيادة حينئذ تطرح عن الأب» - ديروط الشرعية بتاريخ ١٩٤٥/٦/١٨ - الجمرك الشرعية فى ١٩٥٧/٢/٢٣ - قويسنا الجزئية فى ١٩٨٨/٥/٢٥ - الدعوى رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٧.

ويشترط لذلك أن يحدد للتحمل مدة معينة لأنه بغير تحديد مدة للتحمل تتحقق الجهالة.ويكون التحمل باطلاً حابط الأثر[(١)].

غير أنه تجوز الجهالة غير الفاحشة فى البدل كما لو تحملت الزوجة نفقة أولادها مدة ثلاث سنوات أو عشراً مثلاً.

٢١- زيادة النفقة وتخفيضها

يراعى فى نفقة الصغير كفايته والحالة المالية والاجتماعية للملزم بالنفقة، كما يراعى فيها مستوي الأسعار ارتفاعاً وانخفاضاً.

ولا شك أن كفاية الصغير تختلف باختلاف سنه.

وعلى ذلك فإن نفقة الصغير تزداد بزيادة سنه عن وقت الفرض، لأن حاجاته تكون قد زادت، وبزيادة يسار الملزم بالنفقة وبتغير الأسعار بالزيادة.

وإذا قل يسار الملزم بالنفقة عن وقت الفرض أو انخفضت الأسعار كان ذلك مبرراً لطلب تخفيض المفروض للصغير، بما يتمشى مع يسار الملزم بالنفقة أو مستوى الأسعار السائدة.

ولذلك قضى بأن الأصل فى الأحكام الصادرة بالنفقة أنها ذات حجية مؤقتة لأنها مما يقبل التغيير والتبديل وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها إلا أن هذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعى النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير[(٢)].

---

(١) راجع الكتاب الثانى بند (١٢٠).

(٢) نقض: طعن ٢١ لسنة ٢٨ق أحوال شخصية - جلسة ١٩٦٠/١٠/٢٧ - ٥٣٢ لسنة ٢٦ق أحوال شخصية - جلسة ١٩٦٣/١/٣٠- طعن ١٥ لسنة ٥٦ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٨ (منشورة جميعاً بالكتاب الثانى بند ١٢٦).

ويشترط للمطالبة بالزيادة أو التخفيض أن يكون موجب الزيادة والتخفيض قد طرأ بعد صيرورة الحكم الصادر بالنفقة نهائياً لأنه لو طرأ قبل ذلك لكان فى مكنة المدعى الدفع به فى دعوى النفقة أمام محكمة أول درجة أو ثانى درجة، وأن تكون قد انقضت مدة معقولة بين تاريخ الحكم النهائى بالنفقة وبين تاريخ المطالبة بالزيادة أو التخفيض، وهذه المدة مما يخضع تحديدها لتقدير قاضى الموضوع باعتبارها من مسائل الواقع، وألا يكون الاعسار مقصوداً أو متعمداً بأن يلجأ المحكوم عليه إلى التخلص من أمواله نكاية بالمدعى، وألا يكون اليسار الذى طرأ بعد الحكم النهائى بالنفقة مؤقتاً دالاً بطبيعته على زواله بعد مدة وجيزة، كالحصول على منحة أو جائزة[1].

وقد قضى بأن:

١- «ولما كان ذلك وكان الثابت من مطالعة الأوراق أنه قد مضى على الفرض أكثرمن سنتين كبر فيهما الصغير وزادت حاجياته كما ارتفعت الأسعار وزاد يسارالمدعى عليه بزيادة راتبه من ٤٨ جنيه وقت الفرض إلى مبلغ ٦٢,٣٢٠ جنيهاً كما جاء فى التحرى فتقضى لذلك المحكمة بزيادة ما هو مفروض بموجب الحكم رقم ٢٦٣ لسنة ١٩٨٥ ج شرعى بندر المنيا طبقاً لما استظهرته المحكمة من الاطلاع على أوراق الدعوى بالقدر الوارد فى منطوق حكمها».

(محكمة بندر المنيا - جلسة ١٩٨٧/١١/٢٢ - الدعوى رقم ٣٠٠ لسنة ١٩٨٧)

٢- «المقرر أن الأصل فى الأحكام الصادرة بالنفقة أنها ذات حجية مؤقتة لأنها مما يقبل التغيير والتبديل وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب

---

(١) الأستاذ أشرف كمال ص٣٨١.

تغـير الظـروف كـما يرد عليها الاسقاط بسبب تغير دواعيها إلا أن هذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعى النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير فالحكم الذى ينكر هذه الحجية يكون قد خالف الـقـانون. ولما كان ذلك وكان من المقرر شرعاً أن نفقة الصغير الفقير الذى لا مال له تجب على أبيـه لا يشاركه فيهـا أحد للصـلة والجـزئية وأن المفـروض لا يبقى على حال واحد بدون تغيير بل يتغير تبعاً للظروف المالية لكل من طـالب النفقـة والملـتـزم بهـا.. لمـا كـان مـا تقـدم وكـان قـد مـضى على الحكم رقم ١٩٨٢/١٦٩ ج شرعى بندر المنيا بزيادة ما هو مفروض لنفقة المدعين فى ١٩٨٤/٤/٢٥ أكثر من ثلاث سنوات كبر فيها الصغار وزادت متطلباتهم كما زاد يسار المـدعى عليه بزيادة راتبـه فتقضى لذلك المحكمة بزيادة ما هو مفـروض لنفـقـة الصـغـيـر حسـام والمـدعى الثـانى والثـالث ونقل هذا المفروض إليهما حسبما استظهرته من أوراق الدعوى بالقـدر الوارد بمنطوق حكمهـا».

(محكمة بندر المنيا - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٨ - الدعوى رقم ٢٨٦ لسنة ١٩٨٧)

٣- «وحيث أنـه عن طلب زيادة المقرر لنفقة الصـغـيرة هـدية فانـه من المقرر شرعاً أن النفقـة تخضع لارتفاع الأسعار وانخفاضها ولـذا وجب مراعاة ذلك عند التـقـدير... وحيث أن المحكمـة ترى ضآلة المفـروض لنفـقـة الصـغيرة هـديـة بالحكم رقم ٢٣١ لسنة ١٩٧٨ ج نفـس بركة السبع مع كبر سنهـا عن ذى قبل وازديـاد حاجـاتهـا وارتفـاع الأسـعـار من تاريخ

الحكم فضلاً عن زيادة يسار المدعى عليه إذ الثابت بالحكم المذكور أنه كان عريفاً بالقوات المسلحة ويتقاضى راتباً صافياً قدره ٢٦,٣٩٠ جنيهاً وأصبح الآن حسبما يبين من بيان مفردات راتبه المقدمة صورته من المدعية مساعدا أول يتقاضى راتباً شهرياً صافياً ١٧٤,٥٤٥ جنيهاً ومن ثم فإن المحكمة تقضى بزيادة المقرر لنفقة الصغيرة هدية على النحو الوارد بمنطوق هذا الحكم مراعية فى ذلك يسار المدعى عليه الثابت بالأوراق».

(محكمة بركة السبع الجزئية - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤ - الدعوى رقم ٣ لسنة ١٩٨٧)

٢٢- تاريخ بدء الزيادة والتخفيض:

إذا كانت نفقة الصغير على غير أبيه، كجده أو عمه مثلاً، فلا شبهة فى أن زيادة النفقة أو تخفيضها يكون من تاريخ الحكم لأنها من نفقة الأقارب، ونفقة الأقارب لا تجب إلا من يوم الحكم فمن باب أولى لا تجب زيادتها أو تخفيضها إلا من التاريخ الأخير.

أما إذا كانت نفقة الصغير على أبيه، فقد ذهب رأى فى الفقه إلى أنه يقضى بها من تاريخ ثبوت اليسار الذى أوجب الزيادة أو الاعسار الذى أوجب التخفيض باعتبار أن الحكم فى هذه الحالة من الأحكام الكاشفة وليس من الأحكام المنشئة[1].

---

(١) الأستاذ أشرف كمال ص٣٨٠.

وهذا الرأى هو ما يجب العمل به لأنه يتفق مع نص المادة ١٨ مكرراً ثانياً من أن نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الانفاق عليهم، فتأخذ الزيادة والتخفيض حكم أصل النفقة.

ولا يجوز القضاء بالزيادة أو التخفيض كالشأن فى الزوجة من تاريخ المطالبة القضائية لأن مبنى ذلك أن عدم المطالبة بالزيادة أو التخفيض فور تحقق سببهما يعد تنازلاً عنهما، ولا يملك من له ولاية المطالبة بنفقة الصغير النزول عن حق الصغير[1].

٢٣- ما يجب مراعاته فى اثبات دعوى النفقة:

يراعى فى اثبات دعوى نفقة الصغير ما يأتى:

١- أن الأصل فى الصغير الفقر، فلا يكلف من له حق المطالبة بالنفقة اثبات فقر الصغير، فإذا ادعى الملزم بالنفقة أن للصغير مال يكفى نفقته، كان عليه عبء اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات الشرعية.

٢- أن الصغر يثبت بمشاهدة القاضى للصغير فى يد حاضنته، وبالمستندات الرسمية الدالة على السن.

---

(١) وقد ذهبت بعض الأحكام إلى القضاء بالزيادة أو التخفيض من تاريخ الحكم.

(بندر المنيا فى ١٩٨٨/٣/٢٨ - الدعوى ٢٨٦ لسنة ١٩٨٧ - بندر شبين الكوم ١٩٨٨/٤/١٢ - الدعوى ١٦٨ لسنة ١٩٨٧ - قويسنا -١٩٨٨/٤/٢٧ الدعوى ١٧٠ لسنة ١٩٨٨)

٣- أن نسب الصغير يثبت طبقاً لقاعدة الولد للفراش، كما يثبت بالبينـة.

وقد سار قضاء المحاكم على هذه القواعد.

(بركة السبع الجزئية بتاريخ ١٩٨٨/١/١٢ - الدعوى رقم ٢٠١ لسنة ١٩٨٦ - قسم أول بندر طنطا بتاريخ ١٩٨٨/٤/٢٤)

٢٤- احالة فى بعض المسائل المتعلقة بنفقة الصغير:

نحـيل إلى **الكتاب الثاني** فى دراسـة بعـض المسـائل المتـعلـقـة بنفقـة الصـغير والتى عرضناها فيه تفصيلاً، تلافياً لتكرار سردها. وهـذه المسـائل هـى:

١- فرض نفقة مؤقتة للصغير على أبيه.

راجع الكتاب الثانى بنود (١٧٦ وما بعده)

٢- جواز ندب المحكمة أخصائى اجتماعى أو أكثر.

راجع الكتاب الثانى بند ٢٤).

٣- وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم.

راجع الكتاب الثانى (بند ٢٤ وبنود ٣٩ وما بعده).

٤- النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة بنفقة الصغير.

راجع الكتاب الثانى بند (١٩٧)

٥- لا يترتب على أى اشكال فى تنفيذ الحكم الصادر بنفقة الصغير وقف تنفيذ الحكم .

راجع الكتاب الثانى بند (١٩٨)

٦- الحبس فى تنفيذ نفقة الصغير .

راجع الكتاب الثانى (موضوع رقم ٧)

٨- المبالغ التى يجوز الحجز عليها من المرتبات والأجور والمعاشات وما فى حكمها .

راجع الكتاب الثانى (موضوع رقم ٨) .

موضوع رقم (٢)

الارضاع

٢٥ - خطة البحث:

تناولنا الكلام عن الارضاع من ناحية كونه سبباً من أسباب تحريم الزواج بالكتاب الأول، أما هنا فنتكلم عن الارضاع باعتباره حقاً للطفل المنسوب لوالديه بمجرد ولادته بسبب من أسباب ثبوت النسب التى تناولناها فيما تقدم.

٢٦ - من يلزم بارضاع الصغير ؟

الرأى عند الأحناف أن ارضاع الصغير واجب على الأم ديانة أى أنها تأثم فيما بينها وبين الله تعالى ان تركت ارضاع ولدها من غير عذر مسوغ لذلك، وذلك لقوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾. ولأن الأم أقرب الناس إلى وليدها ينبض قلبها بالحنان والشفقة عليه فوق أن لبنها أفضل غذاء له مما عداه لأنه يلائم جسمه الذى تغذى به وهو جنين فى بطنها.

ولكنه ليس واجباً عليها قضاء، فاذا امتنعت عن الارضاع بدون عذر فانها لا تجبر عليه، غير أنه استثنى من هذا الأصل حالات ثلاث هى:

الأولى: إذا لم يكن للولد ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعة ولم توجد متبرعة بارضاعه.

الثانية: إذا لم يجد الأب من ترضعه غيرها وإن كان للأب أو الابن مال.

الثالثة: إذا كان الولد لا يقبل ثدى غيرها.

وعلى هذا نصت المادة (٣٦٦) من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا بقولها:

«تتعين الأم لارضاع ولدها وتجبر عليه فى ثلاث حالات:

الأولى: إذا لم يكن للولد ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعة ولم توجد متبرعة.

الثانية: إذا لم يجد الأب من ترضعه غيرها.

الثالثة: إذا كان الولد لا يقبل ثدى غيرها».

وانما أجبرت الأم على الارضاع فى هذه الحالات لأن فى عدم ارضاعها للطفل تعريضاً له للهلاك فالأمر يدخل فى حيز الضرورة، والمعروف أن الضرورات تبيح المحظورات فأولى أن تلتزم بسببها الأم بارضاع ولدها الذى تعين عليها ارضاعه احياء له.

وفى غير تلك الحالات إذا قامت الأم بارضاع ولدها فبها، وان امتنعت بدون عذر ظاهر لا تجبر عليه لأن الارضاع حق للأم كما هو حق للولد، ولا يجبر أحد على استيفاء حقه إلا إذا وجد ما يقتضى الاجبار عليه وهو المحافظة على حياة الطفل كما فى الصور الثلاث السابقة.

ومن جهة أخرى فان الأم أكثر الناس شفقة وحنانا على ولدها، وهى لا تمتنع عن ارضاعه إلا لعدم قدرتها عليه، فاجبارها حينئذ يلحق الضرر بها، لأنها ستفعل ما لا قدرة لها عليه أو تتضرر به، وقد نفى الله عنها الضرر بسبب ولدها بقوله ﴿لا تضار والدة بولدها﴾.

وفى هذه الحالة يجب على الأب أن يستأجر له مرضعاً تقوم بارضاعه حفظاً له من الهلاك فان لم يقم الأب باستئجار المرضع كان للأم أن تطالبه

بالقيام بذلك أو بدفع أجر الرضاع إليها لتقوم هي باستئجار المرضع محافظة على الولد[١].

٢٧- هل تسقط حضانة الأم بامتناعها عن الارضاع؟

إذا امتنعت الأم عن ارضاع الطفل في الحالات التي تجبر فيها علي ارضاعه فان ذلك لا يسقط حضانتها له، لأن الارضاع والحضانة حقان منفصلان لا يلزم من سقوط أحدهما سقوط الآخر[٢].

وعلى الأب في هذه الحالة أن يستأجر مرضعة للصغير وأن يتفق معها على القيام بعملها على وجه لا يضيع حق الأم في الحضانة، فتقوم بارضاعه في بيتها تأخذه كلما احتاج إلى الرضاع فترضعه ثم ترده، واما أن ترضعه عند أمه، ولكنها لا تلزم بالبقاء في دار الأم لارضاع الطفل إلا إذا كان ذلك مشروطاً في العقد.

فان لم يتفق معها على شئ من ذلك كان عليها أن تذهب إلى حيث يوجد الطفل عند حاضنته سواء كانت هي الأم أو غيرها لتستطيع الحاضنة القيام بما تقتضيه الحضانة.

غير أنه من حق الأم ان تطلب من الأب احضار مرضعة ترضعه عندها، لأن المرضع قد تغيب عند حاجة الولد إلى الارضاع ولا يمكن احضارها[٣].

---

(١) الدكتور محمد مصطفى شلبي ص٧٣٩.

(٢) رسالة الابانة عن أخذ الأجرة على الحضانة - مجموعة رسائل ابن عابدين جـ١ ص٢٧١.

(٣) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٦١٩.

وإذا كانت المرضع غير الام وانتهت مدة الارضاع المتفق عليها، فانها لا تلتزم بالارضاع، إلا إذا كان الطفل لا يقبل غير ثديها، فانها تلزم بارضاعه بأجر المثل[١] ومثل ذلك اجارة الأرض للزرع إذا انتهت المدة قبل أن يحصد الزرع فانه فى هذه الحالة يبقى فى الأرض بأجرة المثل إلى أن يحين وقت حصاده.

ولو كانت متبرعة وأرادت أن تنهى تبرعها والولد لا يرضع غير ثديها فانه فى هذه الحالة يلزمها ارضاعه بأجرة المثل، لأن فى عدم الالزام تعريض للولد للهلاك، وهى لا يلحقها من ذلك ضرر لأن لها أجرة المثل عن المدة الباقية[٢].

وإذا رغبت الأم فى الارضاع بعد استئجار مرضعة لا يجوز منعها لأن حقها ثابت فى الارضاع وهى أحق به من الأجنبية، إلا إذا كان فى ذلك اضرار بالأب كأن تطلب أجراً عن الارضاع – حينما تستحق الأجر – بينما توجد متبرعة به، أو تطلب أجراً أكثر، أو إذا كان فى ذلك اضرار بالطفل كأن تكون الأم مريضة بمرض يخشى على الطفل منه أو ثبت طبياً أن لبن الأم لا يصلح للطفل لسبب من الأسباب.

٢٨- عدم استحقاق اجر الارضاع اثناء قيام الزوجية وعدة الطلاق الرجعي:

المتفق عليه فى المذهب الحنفى – كما هى الحال فى أجر الحضانة – أنه إذا كانت الزوجية قائمة بين الأم وأبى الطفل، وكذلك إذا كانت أم الطفل معتدة من طلاق رجعى، فلا تستحق أجر الارضاع[٣]، ذلك أن

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٦١٨.

(٢) الأستاذ محمد أبو زهرة فى مؤلفه الأحوال الشخصية – قسم الزواج ص٤٠٥.

(٣) الفتاوى المهدية جـ١ ص٣٩٤.

الأرضاع يجب عليها ديانة، وأجر الارضاع ليس أجرة خالصة بل له شبه بالمؤونة والنفقة، والزوجة تتقاضى نفقتها من الزوج نظير احتباسها لمصلحته، كما تأخذها فى عدة الطلاق الرجعى لقيام الزوجية حكما، ولا يجوز لها تقاضى نفقتين فى وقت واحد وان تعدد السبب[١].

٢٩- هل يستحق اجر الارضاع اثناء عدة الطلاق البائن؟

فى المذهب الحنفى - كما هو الشأن فى أجر الحضانة كما سنرى - رأيان كلاهما راجح:

الأول: أن المطلقة بائناً لا تستحق أجر الارضاع أثناء العدة، وانما تستحقه بعد انقضائها، لأن الارضاع واجب عليها ديانة ولأنها تتقاضى نفقتها من الزوج فلا يجوز لها الجمع بين نفقتين فى وقت واحد ولو تعدد السبب.

الثانى: أنها تستحق النفقة لأنها صارت أجنبية عن أبى الطفل، ولا تعود إلى عصمته إلا بعقد ومهر جديدين.

والفتوى على الرأى الأول.

وعلى هذا الرأى سارت أحكام المحاكم.

(فاقوس فى ١٩٣٨/١١/٢٦ - الدعوى رقم ٧١ لسنة ١٩٣٨- بندر شبين الكوم فى ١٩٨٧/١٢/٢٢- الدعوى رقم ١٥١ لسنة ١٩٨٧)

---

(١) اما إذا كان للطفل مال جاز لأبيه أن يستأجر امه لارضاعه من مال الطفل لعدم اجتماع الواجبين على الزوج وهما نفقة الارضاع والزوجية. وإذا استأجر الأب زوجته لارضاع ولده من غيرها وجبت لها الأجرة، ذلك لأن ارضاع المرأة غير ولدها تستحق عليه أجرة هى عوض، وليست مؤونة أو نفقة حتى يقال أنه اجتمعت لشخص واحد نفقتان. (البدائع جـ٤ ص١٩٢ - حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٦١٩ - محمد أبو زهرة ص٤٠٣).

ولما كانت علة عدم استحقاق المطلقة بائناً أجر الارضاع أثناء العدة تقاضيها نفقة من مطلقها، فان هذه العلة تزول إذا كانت المطلقة بائناً لا تتقاضى نفقة من مطلقها لأنها تعتبر فى هذه الحالة بمثابة المنقضية العدة.

(أنظر فى التفصيل بند ٩٧)

٣٠- على من يجب اجر الارضاع؟

إذا كان للصغير مال وجب أجر الارضاع فى ماله، لأن الارضاع غذاء له وغذاؤه من نفقته، والأصل أن نفقة الانسان فى ماله ان كان له مال.

فإذا لم يكن للصغير مال كان أجر الارضاع فى مال أبيه، أو من تجب عليه نفقته من بعده.

أما إذا كان الأب معسراً وقادراً على الكسب أجبرت الأم على ارضاع الصغير ويكون الأجر دينا على الأب يدفعه إذا أيسر. وإذا كان معسراً عاجزاً عن الكسب أو متوفى وجب أجر الارضاع على من تجب عليه نفقة الصغير.

٣١- تاريخ استحقاق اجر الارضاع:

الأصل أن أجر الارضاع - كما هو الشأن فى أجر الحضانة كما سيلى- لا يستحق إلا من تاريخ الاتفاق عليه أو قضاء القاضى به، لأنه أجر كسائر الأجور، فإذا أقدمت المرضعة على الارضاع قبل ذلك اعتبرت متبرعة فلا تستحق أجر ارضاع.

إلا أن الأم استثنيت من هذا الأصل فتستحق أجر الارضاع - فى الحالات التى تستحق فيها الأجر - من تاريخ الارضاع الفعلى، ذلك أن

القرآن الكريم رتب الأجر على الارضاع فى قوله تعالى: ﴿فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ فقد أمرت الآية باعطاء الأجر بمجرد الارضاع دون أن تقيده بقيد آخر، ولأن شفقة الأم الكاملة على ولدها تدفعها إلى ارضاعه دون انتظار إلى اتفاق أو قضاء ولا يتصور عند عدم الاتفاق أن تترك ولدها بلا ارضاع حتى يرفع الأمر إلى القضاء ليصدر الحكم بفرض أجر ارضاع لها، ولذلك لا يدل اقدامها على الارضاع على أنها متبرعة[1].

٣٢- المدة التى يستحق فيها اجر الارضاع:

ذكرنا فى الكتاب الأول أن مدة الارضاع نص عليها فى القرآن الكريم فى قوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾، وأن الأحناف اختلفوا فى تحديد مدة الإرضاع الموجبة للتحريم فقدرها الصاحبان بسنتين وقدرها أبو حنيفة بسنتين ونصف، وهذا التقدير طبقاً للتقويم الهجرى.

وهذا الخلاف ينحصر فى مدة الارضاع الموجبة للتحريم ولكنهم اتفقوا على أن مدة الارضاع التى يستحق عنها الأجر سنتان هجريتان[2]، وان كان ذلك لا يمنع من حل الارضاع بعد السنتين إذا لم يستغن الصغير عن الارضاع إلى أن يستغنى بالطعام عن الارضاع.

فإذا زادت مدة الارضاع عن سنتين سقط حق المرضعة فى أجر الارضاع دون توقف على تراض أو قضاء.

---

(١) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص٧٤٧ – محمد أبو زهرة ص٤٠٤ – وهذا الراجح وقال بعض الفقهاء أنها لا تستحق أجرة من غير عقد كالأجنبية إن أرضعت.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٦٢٠ – م٧١ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.

فإذا دفع من تجب عليه نفقة الصغير أجر ارضاع بعد الحولين فانه يعتبر دفعاً لما لا يجب عليه ويستطيع استرداده إلا إذا استشفت المحكمة من الظروف أن دفعه لهذا الأجر كان على اعتبار أنه زيادة فى نفقة الصغير الذى كبر سنه وزادت حاجياته بعد تجاوزه سن الرضاع[1].

وقد قضت محكمة بندر شبين الكوم الجزئية بتاريخ ١٩٨٨/٢/١٦ فى الدعوى رقم ٢١٩ لسنة ١٩٨٧ بأن:

«وحيث أنه من المقرر قانوناً أن الأب ملزم بنفقة أولاده بما فيها أجر ارضاعهم طالما هم فى سن الرضاعة وهو العامان عملاً بقوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾، وقوله تعالى: ﴿فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ ولما كان ذلك وكان الصغير أسامة قد بلغ العامين من عمره فى ١٩٨٧/٤/١ ومن ثم فان المدعى عليها لا تستحق أجر ارضاع عن الفترة التى تزيد على ١٩٨٧/٤/١ وتقضى المحكمة للمدعى بطلباته».

(أيضاً الحكم الصادر بتاريخ ١٩٨٨/٤/١٢ فى الدعوى رقم ٧٤ لسنة ١٩٨٧).

٣٣- اجر الارضاع غير قابل للزيادة:

أجر الارضاع بعد فرضه غير قابل للزيادة، لأنه أجر نظير عمل وان كان جزءاً من نفقة الصغير، فمن استؤجر لعمل خاص فى مدة معينة بأجر محدد عليه أن يعمل ذلك أى اتمام المدة، ولا تأثير لزيادة يسار الملزم بالأجر. فضلاً عن أن رضا المرضعة بالأجر المتفق عليه أمارة على أنه حد المثل.

(أنظر أيضا بند ٣٢٤).

(١) المستشار صلاح الدين زغو ص٢٦٦.

٣٤- سقوط اجر الارضاع:

أجر الارضاع وان كان جزءاً من نفقة الصغير، إلا أن حكمه كسائر الأجور فلا يسقط إلا بالأداء أو الابراء، وعلى ذلك فلا يسقط بمضى شهر كباقى أنواع نفقة الصغير - على الرأى الذى يقول بسقوطها - ولا يسقط بموت الأب أو الأم المرضع أو الرضيع[١].

٣٥- الابراء من اجر الارضاع:

يجوز للأم أن ترضع الطفل من بادئ الأمر متبرعة، وفى هذه الحالة لا تستحق أجراً عن الارضاع.

ويجوز لها ابراء زوجها عن متجمد أجر الارضاع المستحق لها فى جميع الأحوال، ولو كان الابراء بغير مقابل.

أما بالنسبة لأجر الارضاع الذى يستحق فى المستقبل - كالشأن فى أجر الحضانة - فلا يجوز الابراء منه، لأنه لم يجب بعد وفى حكم المجهول والابراء اسقاط لدين واجب الوفاء به فيكون الابراء عنه اسقاطاً للدين قبل وجوبه فلا يجوز، وإذا حصل وقع باطلاً.

إلا أنه يستثنى من ذلك ابراء الزوج عن أجر الارضاع المستقبل إذا كان نظير الطلاق، لأن الطلاق يكون فى هذه الحالة اما طلاقاً على مال أو خلعا، وهو ابراء بعوض هو تخليص المرأة من عقدة الزواج فكأنها استوفت الأجر باستيفاء بدله والاستيفاء قبل الوجوب جائز شرعاً[٢].

---

(١) وهو غير الرأى الذى سارت عليه المحاكم كما سنرى فى نفقة الاقارب، والمستفاد أيضاً من نص المادة (١٨ مكرراً ثانيا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٥ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بالنسبة لنفقة الأولاد على الأب - ٣٧٣ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا - كوم أمبو الشرعية بتاريخ ١٩٤٤/٦/٢٩.

(٢) أبنوب الشرعية ١٩٣٢/٣/١٢ - أسيوط الشرعية ١٩٣٨/٣/٧.

والابـراء من أجر الارضاع - كالابراء من أجر الحضانة - مقابل الطلاق مـانع من طلب فرضه حـتى لو عادت المطـلقة إلى عصـمة زوجها بعقد جـديد.

(أنظر فى التفصيل بند ١٠٢)

٣٦- الصلح على اجر الارضاع:

لا يجوز الصلح على أجر الارضاع أثناء الزوجية وعدة الطلاق الرجعى والبائن، لأن أجر الارضاع لا يستحق على الزوج أو المطلق فيكون الصلح وارداً على معدوم.

أما إذا انقضت عدة الأم من والد الصغير أو كانت الحاضنة أجنبية عنه، كان لها أن تصالح والد الصغير على أجر الارضاع بأن تأخذ عوضاً عنه، ويصح أن يكون بدل الارضاع جزءاً من بدل الخلع[١].

وعلى هذا نصت المادة ٣٧٢ من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية بقولها: «حكم الصلح كالاستئجار فإذا صالحت أم الولد أباه عن أجرة الرضاع على شئ فان كان الصلح حال قيام الزوجية حقيقة أو حكماً فهو غير صحيح وان كان فى عدة البائن بواحدة أو ثلاث صح ووجب ما اصطلحا عليه».

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٦٢٠.

موضوع رقم (٣)

الحضانة

تعريف الحضانة - من له حق الحضانة؟ - ترتيب الاستحقاق في الحضانة - الشروط الواجب توافرها في الحاضن - تنفيذ الأحكام الصادرة بنقل الحضانة - الحضانة حق للحاضن والمحضون وما يترتب على ذلك من آثار

٣٧- تعريف الحضانة:

الحضانة بفتح الحاء وكسرها[١] في اللغة: ضم الشئ إلى الحضن وهو الجنب[٢]، وفي اصطلاح الفقهاء: التزام الطفل لتربيته والقيام بحفظه واصلاحه في سن معينة ممن له الحق في الحضانة.

وقد عرفت المحكمة الدستورية العليا الحضانة في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٣/٥/١٥ في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية «دستورية» (المنشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٢ «تابع» في ١٩٩٣/٦/٥) بأنها:

«وحيث ان الحضانة - في أصل شرعتها - هي ولاية للتربية، غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه في الفترة الأولى من حياته. والأصل فيها هو مصلحة الصغير، وهي تتحقق بأن تضمه الحاضنة - التي لها الحق في تربيته شرعاً إلى جناحها باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٥٥٥.

(٢) وتستعمل لغة في معنى آخر هو جعل الشئ في ناحية.

يقال حضن الرجل الشئ أي اعتزله فجعله في ناحية. (بدائع الصنائع جـ٤ ص٤٠).

توجيهه وصيانته، ولأن انتزاعه منها - وهى أشفق عليه وأوثق اتصالاً به وأكثر معرفة بما يلزمه وأوفر صبراً - مضرة به إبان الفترة الدقيقة التى لا يستقل فيها بأموره والتى لا يجوز خلالها أن يعهد به إلى غير مؤتمن يأكل من نفقته، ويطعمه نزراً، أو ينظر إليه شزراً».

٣٨- من له حق الحضانة ؟

الأصل فى الحضانة أن تكون للنساء، لأن المرأة أقدر وأصبر من الرجل على تربية الطفل وأعرف بما يلزمه وأعظم شفقة عليه.

ولما كانت الأم بطبيعتها أحن على وليدها من غيرها، فشفقتها لا تعدلها شفقة وعطفها لا يقاربه عطف فقدجعلت فى المرتبة الأولى من الحاضنات، وبهذا قضى الرسول عليه السلام وأصحابه من بعده دون أن يخالف أحد فى ذلك.

فقد روى أن امرأة قالت: يا رسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء، وحجرى له حواء وثديى له سقاء، وأن أباه طلقنى وأراد أن ينتزعه منى فقال: ﴿أنت أحق به ما لم تنكحى﴾.

وروى آن عمر بن الخطاب طلق زوجته جميلة أم عاصم ابنه وشجر الخلاف بينهما بشأن عاصم، فكل منهما ادعى حضانته لنفسه، فخاصمها عمر بن يدى أبى بكر فقال له أبو بكر: «مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبى فيختار لنفسه» وفى رواية أخرى: «ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر»، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم ذلك.

وفى رواية ثالثة أن النزاع كان بين عمر وجدة الغلام بعد أن تزوجت أمه، وأنه رآه فى الطريق فأخذه، فلما ترافعا إلى أبى بكر قال: «ريحها ومسها وريقها خير له من الشهد عندك يا عمر».

فإذا ماتت الأم أو كانت غير مستوفية لشروط الحضانة انتقلت الحضانة إلى محارم الصغير من النساء الأقرب فالأقرب - كما سنذكر تفصيلاً - لأن المحارم هن الأكثر شفقة على الصغير من غيرهن، والحضانة بنيت على الشفقة، وعاطفة الشفقة في النساء أوفر منها في الرجال فالقرابة التي تكون من جهة النساء أعظم شفقة من القرابة التي تكون من جهة الرجال.

فان لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء، أو وجدت ولكن لا تتوافر فيها شروط الحضانة، انتقل الحق في الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الارث، فان لم يوجد أحد من هؤلاء أو وجد غير مستوف لشروط الحضانة، انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب الذي سيأتي ذكره.

أما إذا بلغ المحضون سناً معينة، فان حضانته تنتقل إلى الرجال، لأن الصغير في هذه الفترة يحتاج إلى تأديب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم، والأب أقدر على التأديب والتعنيف، كما أن الصغيرة تحتاج إلى التحصين والحفظ والأب فيه أقوى وأهدى.

ولذلك يجب في هذا المجال تقسيم فترة الحضانة إلى قسمين:

القسم الأول:

ويبدأ منذ ولادة الصغير حتى يبلغ سن العاشرة ومنذ ولادة الصغيرة حتى تبلغ سن اثنتي عشرة سنة، وقد أجاز الشارع للقاضي بعد هذه السن ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة دون أجر حضانة، إذا تبين أن مصلحتهما تقتضي ذلك والحضانة في هذا القسم تكون للنساء.

القسم الثاني:

ويبدأ من تاريخ بلوغ الصغير أو الصغيرة أقصى سن حضانة النساء، المشار إليه سلفاً. والحضانة تكون في هذا القسم للرجال.

وقد جرى العمل على تسمية حضانة هذا القسم بالضم. ويطلق على الدعاوى التي يرفعها الرجل عند انتهاء أقصى مدة حضانة النساء بدعاوى الضم.

وقد ورد النص على ترتيب الاستحقاق في الحضانة بالمادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) ومن قبله بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - المقضي بعدم دستوريته - فجرت في فقرتها الأخيرة على أن:

«ويثبت الحق في الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء، مقدماً فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب، ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالي:

الأم، فأم الأم وان علت، فأم الأب وان علت، فالأخوات الشقيقات، فالاخوات لأم، فالأخوات لأب، فبنت الاخت الشقيقة، فبنت الأخت لأم، فالخالات بالترتيب المتقدم في الاخوات، فبنت الأخت لأب، فبنت الأخ بالترتيب المذكور، فالعمات بالترتيب المذكور، فخالات الأم بالترتيب المذكور، فخالات الأب بالترتيب المذكور، فعمات الأم بالترتيب المذكور، فعمات الأب بالترتيب المذكور.

فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء، أو لم يكن منهن أهل للحضانة، أو انقضت مدة حضانة النساء، انتقل الحق في الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الارث، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الإخوة.

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء، انتقل الحق فى الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتى:

الجد لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن اخ لام، ثم العم ثم الخال الشقيق، فالخال لأب، فالخال لأم».

ونعرض فيما يلى لترتيب الاستحقاق فى الحضانة للقسمين.

٣٩- (اولا): ترتيب الحاضنات فى القسم الأول:

١- الأم.

٢- أم الأم وان علت.

٣- أم الأب وان علت[1].

٤- الأخوات الشقيقات.

---

(١) وترتيباً على ذلك قضت محكمة شبين الكوم الابتدائية للأحوال الشخصية للولاية على النفس بتاريخ ١٩٨٦/١٠/٢٥ فى الدعوى رقم ٢٩٠ لسنة ١٩٨٦ كلى مستأنف بأن:

«وحيث أنه عن موضوع الاستئناف فانه طبقاً لنص المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ان الحق فى الحضانة يثبت للأم ثم للمحارم من النساء مقدماً فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب الآتى: الأم فأم الأم وان علت... إلخ ما جاء بحكم هذه المادة.

ولما كان ما تقدم فان الحكم المستأنف يكون قد أصاب وجه الحقيقة فيما انتهى إليه فى اسبابه من أن الجدة لأم «المستأنف ضدها» هى صاحبة الحق فى الحضانة وانتهائه تبعاً لذلك إلى رفض دعوى الجدة «لأب المستأنفة» ومن ثم يكون قد بنى على أسباب سائغة تأخذ بها هذه المحكمة وتجعلها أسباباً لحكمها... الخ».

٥- الأخوات لأم.

٦- الأخوات لأب.

٧- بنت الأخت الشقيقة.

٨- بنت الأخت لأم.

٩- الخالات الشقيقات.

١٠- الخالات لأم.

١١- الخالات لأب.

١٢- بنت الأخت لأب.

١٣- بنت الأخ الشقيق.

١٤- بنت الأخ لأم.

١٥- بنت الأخ لأب.

١٦- العمات الشقيقات.

١٧- العمات لأم.

١٨- العمات لأب.

١٩- خالات الأم الشقيقات.

٢٠- خالات الأم لأم.

٢١- خالات الأم لأب.

٢٢- خالات الأب الشقيقات.

٢٣- خالات الأب لأم.

٢٤- خالات الأب لأب.

٢٥- عمات الأم الشقيقات.

٢٦- عمات الأم لأم.

٢٧- عمات الأم لأب.

٢٨- عمات الأب الشقيقات.

٢٩- عمات الأب لأم.

٣٠- عمات الأب لأب.

ويلاحظ على هذا الترتيب للحاضنات ما يأتي:

١- أنه يطابق الترتيب المنصوص عليه في المذهب الحنفي والذي كان معمولاً به قبل العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ المعدل للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، ومن قبله القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضي بعدم دستوريته.

٢- أن الحضانة قررت للأم في المرتبة الأولى ثم للمحارم من النساء مقدماً فيها من يدلي بالأم ثم من يدلي بالأب ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين[١].

٣- تقديم الأقوى قرابة عند اتحاد القرابة والادلاء بالأم، فقدمت الأخت الشقيقة على الأخت لأم، وقدمت العمة الشقيقة على العمة لأم.

---

(١) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩.

٤- تقديم مرتبة الجدات على مرتبة الأخوات، لأن قرابة الجدة بطريق الولاد فهى أقوى من قرابة الأخوات وهى قرابة حواشى.

٥- أن الأخت - وان كانت لأب - مقدمة على الخالة مطلقا، لأن الأخت هى بنت الأم أو بنت الأب فهى أولى من بنت الجد.

٦- أن تقديم الأخت من الأب على الخالة هو الراجح فى المذهب الحنفى.

وفى المذهب رواية أخرى بأن الخالة هى التى تقدم على هذه الأخت، وقد قيل فى توجيه هذه الرواية أنه كانت لحمزة رضى الله عنه بنت فاختصم فيها علياً بن أبى طالب وأخاه جعفر وزيد بن حارثة عند رسول الله عليه السلام يقول على: هى بنت عمى ويقول جعفر هى بنت عمى وخالتها عندى ويقول زيد: هى بنت أخى حمزة الذى آخيت بينى وبينه يا رسول الله، فقضى الرسول عليه السلام بها لخالتها وقال: (الخالة والدة)، فقالوا أن النبى عليه السلام سمى الخالة والدة، فتكون بمنزلة الأم وتقدم على الأخت من الأب.

وسند الرأى الراجح أن الأخت أقرب إلى الصغيرة من الخالة فانها بنت الأب والخالة بنت الجد وأن تقديم قرابة الأم على قرابة الأب يكون عند التساوى فى الدرجة وليست الأخت والخالة فى درجة واحدة حتى تقدم الخالة عليها باعتبارها قرينة الأم.

أما عن حديث الرسول (الخالة والدة)، فانه يقتضى تقديم الخالة حتى على الأخت الشقيقة والأخت من الأم ولم يقل بذلك أصحاب المذهب ولأن لفظ (الخالة والدة) لا يفهم إلا على ما يقتضيه موضوع الخصومة وما ورد فيها من دعاوى، وليس فى المتخاصمين أخت

لأب فالمراد بهذا اللفظ أنها أحق بالبنت من ابنى عمها وهما على وجعفر ابنـاً أبى طالب[١].

٧- أن بنت الأخت مقدمة على العمة لأنها فرع الأبوين أو أحدهما والعمة فرع الجدين أو أحدهما.

٤٠- حالة عدم وجود حاضنة من الحاضنات المذكورات بالبند السابق:

إذا لم توجد للصغير أو الصغير حاضنة من النساء المذكورات بالبند السابق، أو وجدت حاضنة لا تتوافر فيها شروط الحضانة، فان الحضانة تنتقل إلى الأشخاص الآتى ذكرهم.

(أ) العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق فى الميراث مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الإخوة:

ويكون ترتيب هؤلاء كالآتى:

١- الأب.

٢- الجد لأب وان علا.

٣- الأخ الشقيق.

٤- الأخ لأب.

٥- ابن الأخ الشقيق.

٦- ابن الأخ لأب.

٧- العم الشقيق.

٨- العم لأب.

---

(١) الدكتور عبدالرحمن تاج ص٤٥١ وما بعدها - الدكتور محمد مصطفى شلبى ص٧٥٧ وما بعدها.

٩-عم الأب الشقيق.

١٠- عم الأب لأب.

١١- ابن العم الشقيق.

١٢- ابن العم لأب.

وحق الحضانة يثبت لذى الرحم المحرم بلا فرق بين كون المحضون ذكراً أو أنثى. أما إذا كان القريب غير محرم كابن العم، فلا يثبت له الحق فى حضانة الأنثى تحرزا عن الفتنة لأن القرابة غير المحرمية يحل معها الزواج فيخشى أن يترتب على حضانته لها أو ضمها له بعد انتهاء حضانة النساء مفسدة.

فان لم يكن للصغيرة من العصبات إلا ابن عم سقطت عنه الحضانة وانتقلت إلى محارم الصغيرة من الرجال غير العصبات، فان لم يوجد أحد منهم سلمها القاضى لامرأة ثقة أمينة. والذى يجرى عليه العمل فى جمهورية مصر أن الصغيرة فى هذه الحالة تسلم إلى دار من دور رعاية الأيتام[1].

---

(١) بدائع الصنائع جـ٤ ص٤٢ - شرح فتح القدير جـ٤ ص٣٧٠- وقد جاء فى الدر المختار ما يفهم منه أن البنت تدفع إلى ابن العم إذا كانت غير مشتهاة أو كانت مشتهاة وكان هو أميناً عليها، وبالأولى إذا اجتمع الشرطان فكانت غير مشتهاة وكان هو أميناً عليها، وعلى ذلك إذا كانت بنت سنة مثلاً فلا مانع لأنها لا تشتهى إذ لا توجد الفتنة والحال كذلك إذا كان أميناً عليها وهى مشتهاة لأن الفتنة لا توجد حيث توجد على الصغيرة المشتهاة، ويرد على ذلك بأنه إذا ثبت لابن العم حضانة البنت وهى غير مشتهاة بقيت عنده حتى تشتهى فتقع الفتنة والحد بين المرحلتين مختلف باختلاف الحالات وليس يسيراً فى كثير منها، فمن الأنسب أن يحسم الأمر من أصله فتمتنع حضانة ابن العم للبنت. «راجع حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٥٦٤ - الدكتور عبدالعزيز عامر ص٢١١ وما بعدها».

(ب) محارم الصغير من الرجال غير العصبات:

إذا لم يوجد أحد الحاضنين المذكورين فى بند (أ)، أو وجد ولكن لا تتوافر فيه شروط الحضانة، فان الحضانة تنتقل إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات بالترتيب الآتى:

١- الجد لأم.

٢- الأخ لأم.

٣- ابن الأخ لأم.

٤- العم (لأم)[١].

٥- الخال الشقيق.

٦- الخال لأب.

٧- الخال لأم[٢].

---

(١) وقد وردت هذه القرابة بالنص ومشروعه كما أقرته اللجنة المشتركة بمجلس الشعب بأنها (العم) دون اضافة لفظ (لأم) ويبدو أن ذلك جاء نتيجة خطأ مادى أو مطبعى، لأن المعروف أن (العم) من العصبات وأن (العم لأم) من ذوى الارحام، وقد وردت هذه القرابة صحيحة فى نص المادة (٢٠) من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته.

(٢) قد قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٩٩٩/٧/٣ فى القضية رقم ١٦٤ لسنة ١٩ قضائية « دستورية» التى رفعت بطلب الحكم بعدم دستورية ترتيب الحاضنات والحاضنين المنصوص عليه بالمادة (٢٠) برفضها ونشر الحكم بالجريدة الرسمية العدد ١٨ فى ١٥ /١٩٩٩/٧ وننشر الحكم بأسبابه كاملة فيما يلى :

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت ٣ يولية سنة ١٩٩٩ م الموافق ١٩ ربيع الأول سنة ١٤٢٠هـ.

برئاسة السيد المستشار / محمد ولى الدين جلال............... رئيس المحكمة

وعضوية السادة المستشارين . ماهر البحيرى ، ومحمد على سيف الدين، وعدلى محمود منصور ، ومحمد عبد القادر عبد الله ، وعلى عوض محمد صالح وأنور العاصى.

وحضور السيد المستشار / عبد الوهاب عبد الرازق...... رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد/ حمد أنور صابر .... أمين السر

اصدرت الحكم الآتي :

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٦٤ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

المقامة من

السيد / أحمد حسن أحمد حسانين.

ضد

١- السيد / رئيس الجمهورية.

٢- السيد رئيس مجلس الوزراء .

= ٣- السيد/ رئيس اللجنة التشريعية بمجلس الشعب.

٤- السيد/ وزير العدل.

٥- السيدة/ فتحية إبراهيم محمد.

٦- السيدة ابتسام زكى السيد أحمد.

٧- السيدة / إيمان زكى السيد أحمد

٨- السيدة / هنادى زكى السيد أحمد.

٩- السيد/ بكر حسن أحمد حسانين.

الإجراءات

بتاريخ التاسع عشر من أغسطس سنة ١٩٩٧ ، أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة ، طلباً للحكم بعدم دستورية نص الفقرتين الأولى والخامسة من المادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فى ختامها الحكم بعدم قبول الطعن بالنسبة إلى الفقرة الأولى من المادة (٢٠) المشار إليها وبرفض الدعوى فيما عدا ذلك.

وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها.

ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة .

حيث إن الوقائع

- على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق- تتحصل فى أن المدعى عليها الخامسة كانت قد أقامت ضد كل من المدعى والمدعى عليه التاسع الدعوى رقم ١٨٧٤ لسنة ١٩٩٦ أحوال شخصية « نفس » شبرا، ابتغاء القضاء بإلزامهما بتسليميها ابن ابنتها الصغير المشمول بحضانتها باعتباره ابن أخيها المتوفى وأثناء نظر تلك الدعوى دفع المدعى بعدم دستورية نص المادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية الدفع، وأذنت للمدعى بإقامة الدعوى الدستورية فقد أقام الدعوى الماثلة.

وحيث إن هذه المحكمة سبق أن باشرت رقابتها القضائية على دستورية الفقرة الأولى من المادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - المشار إليها- فأصدرت بجلستها المعقودة فى الخامس عشر من مايو سنة ١٩٩٣ حكمها فى القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية دستورية برفض الدعوى بالنسبة إلى الطعن بعدم دستورية هذا النص . وقد نشر ذلك الحكم بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٣/٦/٥ . إذ كان ذلك، وكانت أحكام المحكمة الدستورية العليا قولا فصلا لايقبل تأويلا ولاتعقيبا من أى جهة كانت ، فإن الخصومة الدستورية بالنسبة لذلك النص- وهى عينية بطبيعتها- تكون قد انحسمت وتغدو الدعوى- فى هذا الشق منها- غير مقبولة.

وحيث إن نطاق الدعوى- بهذه المثابة - أصبح منحصرا فى الفقرة الخامسة من المادة (٢٠) التى تنص على أن :

« .... يثبت الحق فى الحضانة للأم ، ثم للمحارم من النساء، مقدما فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب، معتبرا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالى : الأم فأم الأم وإن علت ، فأم الأب وإن علت .... فعمات الأب بالترتيب المذكور» .

وحيث إن المدعى ينعى على هذا النص ، مخالفته لمبادئ الشريعة الإسلامية ، التى تعتبر الحضانة حقا للمحضون لا للحاضنة ، وأنه ينبغى فى كل حال الاعتداد بمصلحته دون توقف عند ترتيب مجرد للحاضنات أو الحاضنين ، إنما بمراعاة أمانتهم وكفاءتهم حتى لاتؤول الحضانة إلى مضيعة للصغير.

وحيث إن قضاء هذه المحكمة، قد اطرد على أن حكم المادة الثانية من الدستور- بعد تعديلها فى ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ - يقيد السلطة التشريعية اعتبارا من تاريخ العمل بهذا التعديل ، وأن مؤداه ألا تناقض تشريعاتها- ومن بينها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥- مبادئ الشريعة الإسلامية التى لايجوز الاجتهاد فيها، والتى تمثل ثوابتها مصدرا وتأويلا - إذ هى عصية على التأويل فلا يجوز تحريفها ، بل يتعين رد النصوص القانونية إليها للفصل فى تقرير اتفاقها أو مخالفتها للدستور . ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أوبدلالتها ، أو بهما معاً، إذ هى بطبيعتها متطورة تتغير بتغيرالزمان والمكان ، لضمان مرونتها وحيويتها ، ولمواجهة النوازل على اختلافها، تنظيما لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعاً ، ولا يعطل بالتالى حركتهم فى الحياة، ومن ثم تنحصر دائرة الاجتهاد فيها على أن يكون هذا الاجتهاد واقعاً دوماً فى إطار الأصول الكلية للشريعة بمالايجاوزها ، ملتزما ضوابطها الثابتة ، متحرياً مناهج الاستدلال على الأحكام العملية، والقواعد الضابطة لفروعها ، كافلا صون المقاصد الكلية للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

وحيث إن البين من المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ المشار إليه أن وجود الولد ذكراً كان أم أنثى فى يد الحاضنة- سواء قبل بلوغهما سن العاشرة أو الثانية عشرة أو بعدها- لايغل يد والدهما عنهما ولايحد من ولايته الشرعية عليهما، فإن عليه مراعاة أحوالهما ، وتدبير أمورهما ، وولايته

. . . .

عليهما كاملة ، وإنما يد الحاضنة للحفظ والتربية ولها القيام بالضروريات التى لاتحتمل التأخير كالعلاج والإلحاق بالمدارس بمراعاة إمكانات الأب. وأن ترتيب الحاضنات والحاضنين من العصبة وذوى الأرحام مأخوذ من فقه المذهب الحنفى، بما مؤداه أن أحكام الأهلية للحضانة - بوجه عام- يرجع فى شأنها إلى الأرجح من فقه ذلك المذهب.

وحيث إن الصغير تثبت عليه منذ مولده ثلاث ولايات : أولاها : ولاية التربية ثانيتها: الولاية على النفس، وثالثتها: الولاية على ماله. وتثبت الولايتان الأخيرتان كأصل عام- للعصبة من الرجال . أما ولاية التربية ، وهى الحضانة ، فغايتها- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه فى الفترة الأولى من حياته التى لايستغنى فيها عن النساء ممن لهن الحق فى تربيته شرعاً . والأصل فيها هو مصلحة الصغير، وهى تتحقق بأن تضمه الحاضنة إلى جناحها باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه ، وأقدر على صيانته، ولأن انتزاعه منها- وهى أشفق عليه وأوفر صبرا- مضرة به إبان هذه الفترة الدقيقة التى لايستقل فيها بأموره . وقد وردت الآثار الصحاح بأن النساء أحق بالحضانة فى هذا الدور من حياة الصغير ، فقد روى أن امرأة احتكمت إلى النبى صلى الله عليه وسلم فى شأن حضانة صغيرها وقد أراد أبوه- مطلقها- أن ينتزعه منها فقال لها الرسوم الكريم: « أنت أحق به»، فلزم من ذلك أن تكون الحضانة للمحارم من النساء أولاً ، وأن تقدم قرابة الأم منهن على قرابة الأب، وهو ما توخاه النص المطعون فيه.

وحيث إنه ليس ثمة نص قطعى يقرر حكما فاصلا فى شأن ترتيب الحاضنات- بعد الأم- فيما بينهن ، ومن ثم يكون باب الاجتهاد فى هذا النطاق- عن طريق الأدلة الشرعية النقلية والعقلية- مفتوحاً ، فلا يصد اجتهادا اجتهاداً أويكتسب عصمة من دونه، ولايقابل اجتهاد على صعيد المسائل التى تنظم الأسرة بغيره إلا على ضوء أوضاعها وأعرافها ، بما لا يناقض شريعة الله ومنهاجه . وقد جاء بالأثر أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه، وجدة ابنه

«عاصم» أم أمه- تنازعا بين يدى الخليفة أبى بكر الصديق رضى الله عنه على حضانته فأعطاه إياها، وقال للفاروق : ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك». ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ذلك. أما الفقهاء أصحاب المذاهب فقد اتفقوا على أن أم الأم- التى تدلى إليها مباشرة- تلى الأم فى ترتيب الحاضنات. فقد قال الحنابلة بثبوت الحضانة للأم ثم أمها ثم أم أمها وهكذا ثم الأب ثم أمهاته. والشافعية على أنه إذا اجتمع الذكور مع الإناث فتقدم الأم على الأب ثم أم الأم وإن علت بشرط أن تكون وارثة ثم بعدهن الأب ثم أمه ثم أم أمه وإن علت إذا كانت وارثة . ويرى الحنفية- ومعهم المالكية أن أحق الناس بحضانةالصغير بعد أمه أمها وإن علت. وإذ كان هذا هو مانحاه النص الطعين ، بما ارتآه محققا مصلحة الصغير وعليها مدار الحضانة - مستلهما بذلك مقاصد الشريعة الكلية ، دائراً فى فلك الأصول العامة لها، فإن النعى عليه بمخالفته للمادةالثانية من الدستور يكون حريا بالرفض .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى، وبمصادرة الكفالة، وألزمت المدعى المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

أمين السر   **رئيس المحكمة**

٤١- حكم تعدد المستحقين للحضانة:

لم تبين المادة حكم تعدد المستحقين للحضانة، كأن يشترك اثنان أو أكثر فى مرتبة واحدة مع استيفائهم شروط الحضانة، بأن يكون للمحضون خالتان شقيقتان أو عمتان شقيقتان مثلاً.

والرأى فى ذلك، هو الرجوع إلى المذهب الحنفى باعتباره المصدر التشريعى للنص.

والمنصوص عليه فى هذا المذهب، أنه فى حالة تعدد المستحقين للحضانة، قدم أصلحهم لتربية الطفل، فان تساووا فى الصلاحية فأورعهم، فان تساووا فى الورع فأكبرهم سنا[١] لأنه يكون أكثر تجربة من غيره.

٤٢- ثانيا: ترتيب الحاضنين فى القسم الثانى:

١- العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق فى الإرث، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الإخوة.

(راجع فى التفصيل بند ٤٠ / أ)

٢- محارم الصغير من الرجال غير العصبات، على الترتيب الوارد فى القسم الأول من الحضانة.

(راجع فى الترتيب بند ٤٠/ب)

٤٣- ترتيب الشارع لأصحاب الحق فى الحضانة او الضم ملزم:

ترتيب الشارع لأصحاب الحق فى الحضانة أو الضم، ملزم لا يجوز الاتفاق على مخالفته، لأن الشارع جعل هذا الترتيب لصالح الولد فلا يصح أن يكون الترتيب بجعل الجاعل بل يلتزم ترتيب الشارع. وفى ذلك تختلف الحضانة عن الوصاية، لأنه وان كان كلا منهما نوع من الولاية، إلا أن الوصاية ولاية على المال والحضانة ولاية على النفس، والولاية على المال دون الولاية على

---

(١) الدكتور عبدالعزيز عامر ص٢٠٤.

النفس، لذلك أجاز الشارع للأب أن يختار وصيا لأولاده القصر يقوم على شئونهم المالية بعد وفاته، ولكنه لم يجز للأب أن يختار من يحضن ولده بعده[١].

الشروط الواجب توافرها فى الحاضن:

يشترط فى الحاضن سواء كان من النساء أو العصبات من الرجال أو المحارم من الرجال غير العصبات، سواء فى القسم الأول من الحضانة أو فى القسم الثانى منها أى فى فترة الضم، أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

٤٤- الشرط الأول: أن يكون بالغاً:

يشترط فى الحاضن أن يكون بالغاً، لأن الحضانة من باب الولاية وغير البالغ ليس من أهل الولاية، ولأن غير البالغ لا يستطيع القيام بشئون نفسه فأولى أن لا يستطيع القيام بشئون غيره.

ويتحقق البلوغ للغلام بالاحتلام مع الانزال أو الاحبال أو الانزال لأى سبب، وللبنت بالحيض أو الاحتلام مع الانزال أو الحبل.

والحد الأدنى للبلوغ اثنتا عشرة سنة للغلام وتسع سنين للبنت طبقاً لرأى الصاحبين المفتى به فى المذهب الحنفى.

أما إذا لم يتحقق ذلك، فان بلوغهما يتحقق إذا أتما خمس عشرة سنة، وتحسب السن طبقاً للتقويم الهجرى.

والمعتوه يأخذ حكم الصغير فقد أوضحنا فى الكتاب الأول أنه يعتبر فى حكم الصبى المميز طبقاً لما أخذت به محكمة النقض.

٤٥- الشرط الثانى: أن يكون عاقلاً:

فلا يجوز أن يكون الحاضن مجنوناً لأن الحضانة كما أوضحنا سلفاً من باب الولاية ولا ولاية للمجنون على غيره، والمجنون لا

---

(١) الفوائد السنية فى شرح النظم المسمى بالفرائد السنية للكواكبى جـ٢ طبعة أولى ص ٤٥٦ - نقض طعن رقم ١ لسنة ٥١ ق أحوال شخصية» جلسة ١٩٨٢/٢/١٦ « غير منشور».

يستطيع القيام بشئون نفسه فأولى أن لا يستطيع القيام بشئون غيره.

ويستوى فى الجنون أن يكون مطبقاً أو متقطعاً، ولو كان الجنون المتقطع من القلة بحيث لا يأتى الا ليوم واحد فى السنة لأن ترك المحضون لدى مثل هذا الحاضن فيه ضرر عليه، فقد يرد جنونه فى أى وقت - وان كان نادراً أو قصيراً - ويتأتى أن يكون الجنون من النوع الخطر فيضر بالولد، والحضانة مناطها صالحه، فيجب أن تتحرى فيها مظان هذا الصالح، وأن يبتعد به عن كل مظنة ضرر(١).

٤٦- الشرط الثالث: ان يكون قادراً على القيام بشئون الصغير:

فإذا كان الحاضن طاعناً فى السن أو مقعداً أو مشلولاً أو مريضاً مرضاً يشغله بنفسه عن غيره فلا يصلح لحضانة الصغير(٢).

---

(١) الدكتور عبدالعزيز عامر ص٢٣٥ - وقد جاء به أنه جاء فى نهاية المحتاج أن الجنون ان كان متقطعاً، لكنه قليل، كيوم فى سنة فانه يتجه ثبوت الحضانة فى هذا اليوم. وفى التاج ان المتقطع مانع بحيث يخاف على الولد حين نزوله، مما يشعر بأنه لو لم يكن يخاف على الولد من الحاضن حين نزوله فإن الحضانة تبقى له رغم جنونه المتقطع.

(٢) وقد أفتت دار الافتاء المصرية بأن:

«أطلعنا على السؤال ونفيد أنه إذا كان الحال كما ذكر به لم يكن لأم أم الأولاد حق فى حضانتهم لانعدام قدرتها على حفظ الأولاد وتربيتهم وقد اشترط فى الحاضنة أن تكون قادرة على تربية الأولاد وحفظهم. وإذا لم يكن لها حق فى الحضانة كان الحق لمن يليها فى الحضانة إذا توافرت شروط الحضانة فيها والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ ٢٦ مايو سنة ١٩٤٢)

وفى هذا قضت محكمة بندر المنيا للأحوال الشخصية (نفس) بتاريخ ١٩٨٨/٦/٢٧ فى الدعوى رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٧ بأن:

«وحيث أنه عن موضوع الدعوى ولما كان المقصود بالحضانة أنها تربية من لا يستقل بأموره مما يصلحه ويقيه عما يضره ولو كان كبيراً مجنوناً أو معتوهاً والأصل فى الحضانة القيام بخدمة المحضون من حيث نظافته ومأكله ومشربه وملبسه ومرقده والسهر على صحته ويشترط فى مستحق الحضانة أن يكون لديه القدرة على القيام بمطالب المحضون من حفظه والقيام على مصالحه فلا حضانة لمن تقدم به السن لدرجة عدم القدرة على القيام بشأن نفسه وكذلك من أخفقه المرض الشديد ومنعه من القدرة على رعاية نفسه «يراجع الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، محمد سلام مدكور ١٩٧٥ ص٤٨٠ وما بعدها - مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية، المستشار أحمد نصر الجندى الطبعة الثالثة ١٩٨٦ ص٧١٤ - ٧١٥ مبدأ ١٣» ولما كان ذلك وكان الثابت من اقرار المدعى عليها المؤرخ ١٩٨٧/٦/٢٠م والموثق بالشهر العقارى أنها فى سن متقدمة وقد أدركتها الشيخوخة ولا تستطيع القيام على شئون نفسها لمرضها وامرأة هذه حالتها لا يقال أنها قادرة على القيام بشئون غيرها وفى وسعها تربية الصغيرة وتعهدها والمحافظة عليها ومن ثم لا تكون أهلاً للحضانة ويتعين على المحكمة أن تقضى برفض الدعوى».

وإذا كان الحاضن ممن يكثر خروجه من المنزل فى النهار أو الليل بما يفوت على الصغير مصلحته فى حضانة الحاضن له، ولو كان خروجه لغير معصية كما لو كان محترفاً كالمدرس أو المدرسة والطبيب أو الطبيبة، فانه لا يكون قادراً على الحضانة(١)، أما إذا عهد إلى آخر كقريب له أو خادم برعاية

(١) فقد جاء بحاشية ابن عابدين جـ٣ ص٥٥٧ «قوله بأن تخرج كل وقت الخ المراد كثرة الخروج، لأن المدار على ترك الولد ضائعاً والولد فى حكم الأمانة عندها ومضيع الأمانة لا يستأمن ولا يلزم أن يكون خروجها لمعصية حتى يستغنى عنه بما قبله فانه قد يكون لغيرها، كما لو كانت قابلة أو غاسلة أو بلانة أو نحو ذلك».

الصغير، أو سلمه إلى إحدى دور الحضانة لرعايته فى فترات غيابه، فذلك لا ينفى قدرته على الحضانة لأن ليس معنى هذا الشرط بقاء الحاضن إلى جوار الصغير والصغيرة طيلة الوقت بل يكفى لتوافره وجود من ينوب عنه فى ذلك بشرط أن يكون تحت اشرافه ومراقبته[١] .

وترتيباً على ذلك قضى بأن:

١- «إذا كانت الحاضنة قد أدخلت البنت داراً للحضانة فى الوقت الذى تكون فيه مشغولة بعملها - حتى إذا عادت منه فى المساء أحاطتها برعايتها وقامت على شئونها - فهى مستحقة للحضانة إذ المقرر فقهاً أنه لا يشترط أن تتوفر الحاضنة على خدمة الصغير بنفسها طول الوقت بل لها أن تباشر تلك الخدمة فى بعض الأوقات بوساطة آخر كخادم أو امرأة ذات رحم محرم من الصغير أو دار للحضانة» .

(الاسكندرية الابتدائية ١٩٦٤/٥/٢٨ - الدعوى رقم ٢١٢ لسنة ١٩٦٤ كلى مستأنف)

٢- «المدار فى الحضانة هو نفع الصغير ورعاية مصالحه فكلما تحققت مصلحته لدى الحاضنة تثبت لها الحضانة بصرف النظر عن احترافها. فما كان الاحتراف ذاته جريمة تعاقب عليها المرأة بسقوط حقها فى الحضانة خاصة وأن الإسلام لا يمنع المرأة من الاحتراف لطلب القوت - انما إذا تعرضت مصلحة الصغير للضياع سقط حق الحاضنة فى الحضانة - ولو كان انشغالها نتيجة لكثرة صلاتها» .

(الاسكندرية الابتدائية ١٩٦٤/٥/٢٨ - الدعوى رقم ٢١٢ لسنة ١٩٦٤ كلى مستأنف)

---

(١) المستشار صلاح الدين زغو ص٢٠٦ وما بعدها.

٣- «... ولا ينـال من ذلك ما أوردته (المستأنفة) من أنها (المستأنف عليها) لا تقدر على خدمة الأطفال فهو قول مرسل لم تقم دليلاً عليه وما أوردته من أن مستوى الأطفال العلمى يتدهور مما يدلل على عدم رعاية المستأنف ضدها لهم فمردود عليه بما هو ثابت من الشهادات الصادرة من المدارس التى ينتمى إليها الأطفال، إذ ثبت بكل شهادة أن حالة الأطفال الدراسية تدعو إلى الاطمئنان مما يدل على حسن رعايتهم وتربيتهم.. الخ».

(شبين الكوم الابتدائية - ١٩٨٦/١٠/٢٥ - الدعوى رقم ٢٩٠ لسنة ١٩٨٦ كلى مستأنف)

ولم يشترط الفقهاء فى الحاضن أن يكون مبصراً. ولذلك لا يكون العماء نافياً لقدرة الحاضن على الحضانة فى كافة الأحوال، وانما يجب النظر إليه كأى مرض من الأمراض، فإذا كان الحاضن قادراً على الحضانة رغم فقده البصر فانه يكون أهلاً لها، وإذا لم يكن قادراً عليها، فلا يكون أهلاً لها والأمر فى ذلك متروك لتقدير القاضى.

والملاحظ أن عناية الله تجعل بعض من يصابون بالعمى أكثر حذقاً ونشاطاً من غيرهم ممن ينعم بالبصر[١].

---

(١) فقد جاء بالأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣١٤ فى أحكام الأعمى: «هو كالبصير إلا فى مسائل... وأما حضانته فإن أمكنه حفظ المحضون كان أهلاً، وإلا لا».

وقد افتت دار الافتاء المصرية بأن:

«ان المنصوص عليه شرعاً أن فقدان الأم المذكورة لبصرها لا يمنع من حضانتها لابنتها المشار إليه مادامت قادرة على تربيته والمحافظة عليه، لأن المدار فى حق الحضانة على مصلحة الصغير وحده، فمتى وجدت مصلحته وجد معها حق الحضانة فاذا فرض أن فقدان هذه الأم لبصرها يحول دون رعايتها =

وبالترتيب على ذلك قضى بأن:

١ - «القدرة على الحضانة مناطها أن تكون فى حالة تستطيع معها أن تقوم على رعاية الصغير وحضانته ولا يشترط لذلك أن تكون بصيرة فان العمى ليس من شأنه منع الحاضنة من واجب الحضانة ومن ثم فان العمى بذاته ليس مانعاً من الحضانة».

(المنيا الكلية بتاريخ ١٩٥٧/١/٩ - الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٩٥٧)

٢- «إذا كان الزوج قد تزوج بزوجة وهى كفيفة ولم ير فى ذلك ما يمنع زواجه بها وانجابه منها ورعايتها لابنيهما أثناء غيابه عن المنزل فى العمل فلا يجوز له بعد ذلك أن يدعى عدم صلاحيتها للحضانة - ذلك أن الأصل هو صلاحية الحاضنة - والكفيفة أهل للحضانة إن أمكنها حفظ المحضونة ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار جـ٢ باب الحضانة».

(الاسكندرية الابتدائية بتاريخ ١٩٦٤/١٠/٢٧ - الدعوى رقم ٥٩٦ لسنة ١٩٦٤ كلى مستأنف)

٤٧- *الشرط الرابع: أن يكون أميناً:*

يشترط أن يكون الحاضن أميناً، فالحاضنة مثلاً يجب ألا تكون فاسقة فسقاً يضيع به الولد عندها، كما لو احترفت الدعارة أو السرقة أو نحوهما. وتركت منزلها وتركت الولد كل الوقت أو معظمه دون رعاية، أما إذا كان الصغير لا يضيع عندها بأن استأجرت له من يرعاه تحت اشرافها كان لها حق

= مصلحة ابنها والمحافظة عليه لم تكن أهلاً لحضانته، وانتقل هذا الحق لمن يليها فيه شرعاً وهى الجدة لأم، لأنها مقدمة على الجدة لأب. وبهذا علم الجواب عن السؤال. والله أعلم».

الحضانة حتى يعقل الصغير، وقدر الفقهاء ذلك ببلوغ الصغير سبع سنوات، أو يخاف عليه أن يألف ما تفعله وان لم يبلغ هذا السن فحينئذ يسقط حقها في الحضانة مراعاة لصالح الصغير الذى يخشى عليه من أن يتعلم منها الفجور فيشب مستمرئا الرذيلة دارجاً عليها[١].

وإذا كان فسق الحاضنة مستورا غير ظاهر ولايشعر به المحضون ولا يترتب عليه اهمال فانه لا يسقط حق الحضانة.

والأصل فى الحضانة الأمانة وعلى من يدعى عكس ذلك اثبات ما يدعيه.

وقد قضت محكمة بندر المنيا الجزئية للأحوال الشخصية (نفس) بتاريخ ١٩٨٨/٣/٢٨ بأن:

«وحيث كان ما تقدم وكانت أوراق الدعوى خالية من أى دليل يثبت أن المدعى عليها غير أمينة غير أهل لحضانة صغارها من المدعى ولا يقدح فى ذلك ما جاء بأسباب الحكم رقم ١٩٨٤/٢٣٩ من أن المدعى عليها سيئة السمعة لأنها سمحت لأجنبى بدخول منزلها اعتماداً على أقوال شاهدى المدعى اللذين قرر أحدهما أن المدعى عليها حسنة السمعة ثم عاد وقرر أنها سيئة السمعة ولما كان المقرر أن الأصل فى الحاضنة الأمانة والأهلية وعلى من يدعى عكس ذلك اثبات ما يدعيه فإذا ثبت من شهادة الشهود أن الحاضنة بغى عاهر تحترف البغاء علناً تكون غير أمينة على الصغير ويسقط حقها فى حضانته لمصلحة المحضون ويشترط فى الفسق الذى يمنع حق الحضانة أن

---

(١) فقد جاء بحاشية ابن عابدين جـ٣ ص٥٥٧. «والحاصل أن الحاضنة إن كانت فاسقة فسقاً يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها والا فهى أحق به إلى أن يعقل فينزع منها كالكتابية» - راجع أيضاً المستشار صلاح زغو ص٢٠٨.

يترتب عليه ضياع الصغير وقد نص الحنفية على أن الفاجرة التى اشتهر فسقها لا تصلح للحضانة وقد عرف الفقهاء الفاجرة بأنها التى يكون فجورها مضيعاً للولد لأنه يخشى أن يتأثر الصغير بهذا السلوك وعلى هذا إذا كان الفسق مستوراً غير ظاهر ولا يشعر به المحضون ولا يترتب عليه اهمال فانه لا يسقط حق الحضانة وهذا ما استقر عليه التطبيق القضائى «يراجع الأحوال الشخصية نفس المستشار أحمد نصر الجندى ١٩٨٧ ص٣٨٠، أحكام الأسرة فى الإسلام - محمد سلام مدكور ١٩٧٠ ص٤٨٣» ولما كان ذلك وقد عجز المدعى عن اثبات أن المدعى عليها من محترفات البغاء أو الفسق أو الفجور وأن مجرد دخول شخص منزلها فى وقت ما لا يجعل منها عاهراً ويسقط حضانتها للصغار ومن ثم تكون الدعوى على غير أساس من القانون جدير بالمحكمة أن ترفضها».

واحتراف والدة الصغير التمثيل والرقص مسقط لحقها فى الحضانة، لأنهما أى التمثيل والرقص، يخالفان تعاليم الدين الإسلامى السامية، وآدابه الحكيمة العالية[١] ولأن ضم الصغيرة إلى أمها الراقصة يطبع صوراً غير لائقة فى ذاكرتها، لأن التمييز نوعان: تمييز يدرك فيه الصغير الأشياء، ويفهم عللها وأسبابها، وهذا فى السابعة فما فوقها، وتمييز ينطبع فى ذاكرة الصغير فيه المرئيات ويتعلم عن هذا السبيل[٢].

ولا ينفى شرط الأمانة عن الحاضنة ارتكابها الفسق مرة واحدة، ما لم ير القاضى أنه يخشى على الصغير أن يتعلم منها ما تفعله. والأمر فى ذلك متروك لتقدير قاضى الموضوع.

---

(١) مستأنف كلى مصر بتاريخ ١٩٤٩/٩/٢٧.

(٢) القاهرة الابتدائية الشرعية فى ١٩٤٩/١١/٢٠.

وليس تدين الحاضن شرطاً لاستحقاق الحضانة، فان غير المتدين أهل فى الجملة للحضانة[١].

والأمانة على المال فرع من الأمانة على النفس، إذ الأمانة كل لا يتجزأ، فإذا كان الحاضن غير أمين على مال الصغير فلا يجاب إلى طلب ضمه، كما لو كانت هناك خصومة بين الحاضن والصغير على ملكية شئ مثلاً.

ويشترط فى الحاضن حتى يتصف بالأمانة ألا يكون فاسداً يفوت غرض الشارع من ضم الصغير إليه، وهذا الغرض ولا شك هو تخلق الصغير بأخلاق الرجال وتأدبه بآدابهم وقيام الحاضن بحماية المحضون ذكراً كان أو أنثى وصيانته.

وعلى ذلك فالأب المعسر والذى لا صناعة له والسابق الحكم عليه بالحبس لاحرازه مخدرات غير مرة يكون فاسداً غير مأمون على ابنه الصغير[٢].

وكذلك إذا سلك الأب طريق الاشرار وصاحبهم وأتلف ماله بطرق غير مشروعة وأهمل مصالح أولاده كان غير أمين عليهم ويسقط حقه فى ضمهم إليه[٣].

وكذلك نزول الأمانة إذا وجه الأب أولاده إلى حرفة دنيئة لا تتفق وحالته المالية والاجتماعية وعرف زمانه إذ أن الأب وان كان حراً فى الذهاب بأولاده

---

(١) الأستاذ محمد أبو زهرة ص٤٠٧.

(٢) الاسكندرية الشرعية بتاريخ ١٩٣٣/٥/٢١.

(٣) المنيا الابتدائية بتاريخ ١٩٥٤/٥/١٩.

كل مذهب فى سبيل التربية والتعليم إلا أنه مقيد فى ذلك بمصلحتهم وحالته وما جرى عليه العرف[١].

ولا ينفى شرط الأمانة الحكم على الحاضنة منذ زمن طويل بالحبس لارتكابها نصبا وتبديداً لأن الحادثة لم تتكرر ولأن مثل هذه الجريمة على فرض اتصاف الحاضنة بها واعتبارها من الجرائم التى يتوارى صاحبها عن أعين الناس ويرتكبها خفية فانه لا يخشى والحالة هذه من تأثر البنت بها، أو حصول ضرر لها منها.

أما إذا كانت هذه الجريمة تتكرر من الحاضنة وأصبح أمر ذلك ذائعاً بين الناس، فإنه يخشى من تأثر البنت بها وحصول الضرر لها، وينتفى بالتالى شرط الأمانة فى جانب الحاضنة[٢].

ولا يقدح فى أمانة الحاضن حصول اصابة للصغير من الغير خطأ مادام لم يثبت اهمال من الحاضن أو تقصير ومادام أن مثل هذا الحادث لم يتكرر فان ثبت التكرار والاهمال انتفت الأمانة.

وقد قضت محكمة السيدة الشرعية فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٣٢/٢/٨ بأنه:

«لا يعتبر اصطدام الصغيرة بسيارة مطعناً على أهلية الحاضنة مادام مثله لم يتكرر لأن طبيعة سكنى المدن الكبيرة التى تعج بالناس والمليئة بآلات النقل من عربات وسيارات وترام وغيرها تعرض من فيها لمثل هذه الطوارئ.. وطروء هذه الحادثة لطفلة كانت تقف على مقربة من بيت أمها لا يعتبر اهمالاً من أمها خاصة وأنه لم يثبت أن مثلها قد تكرر لها».

(١) عابدين الجزئية الشرعية فى ١٩٣٥/١٠/٢٦.

(٢) الخليفة الشرعية فى ١٩٣١/١١/١٤.

وكذلك الحال فى الاعتداء العمدى من الغير فإن ثبت أن اهمالاً مالم يقع من الحاضن وأنه اتخذ جميع الاجراءات اللازمة لحفظ حق الصغير والتى يجب اتخاذها فى مثل هذه الحالات فان ذلك لا ينال من أمانته.

وقضت محكمة الخليفة بتاريخ ١٩٤٠/٥/١٣ بأن:

«الحضانة هى تربية الصغير ورعايته فى زمن مخصوص حسب ما جرى عليه العرف فإذا اعتدى شخص على عفة صغيرة وهى فى طريقها إلى المدرسة فى غفلة من الحاضنة التى سارعت إلى تبليغ النيابة بالحادث وزجت بالمتهم فى السجن ليلقى جزاء فعلته الشنيعة فليس معنى هذا عدم أهليتها للحضانة إذ ليس معنى الحضانة حبس الصغير عند الحاضنة أو ملازمتها له أين سار»[1].

وتزول صفة الأمانة عن العاصب الذى يطلب حضانة الأنثى إذا كان يقيم معه أولاد بالغين غير محارم لها لأنه فى هذه الحالة يخشى عليها الفتنة من اقامتها معهم الأمر الذى لا يكون فيه مصلحة لها.

والأب المقيم بالخارج ليس له الحق فى طلب ضم ولده المقيم مع أمه داخل البلاد لأن هذا الضم يسقط حقها فى رؤيته[2].

الشروط الواجب توافرها فى الحاضنة من النساء:

يشترط فى الحاضنة من النساء أن يتوافر فيها بالاضافة إلى الشروط التى يجب توافرها فى الحاضن بصفة عامة والتى عرضناها فيما تقدم شروط أربعة أخرى هى:

---

(١) راجع المستشار صلاح الدين زغو ص٢١٥ وما بعدها.

(٢) سوهاج الشرعية فى ١٩٤٦/٤/٢٩.

٤٨- الشرط الأول: الا تكون متزوجة بغير ذى رحم محرم للصغير:

وهذا الشرط يقتضى أن تكون الحاضنة أما غير متزوجة، أو متزوجة بذى رحم محرم للصغير.

والشرط المذكور يجب تحققه سواء كان المحضون ذكراً أو أنثى. والمحرمية المقصودة هى المحرمية من جهة الرحم لا من جهة المصاهرة أو الرضاع، فلو تزوجت الحاضنة بعم الصغير رضاعا، فانها لا تستحق الحضانة لأنه يعتبر أجنبياً عن الصغير.

وسند ذلك حديث الرسول: ﴿أنت أحق به ما لم تنحكى﴾ فالحديث جعل لها حق الحضانة حتى تتزوج، وعند الزواج لا يكون لها هذا الحق.

وكذلك اجماع الصحابة على أن الحضانة للأم حتى تتزوج فتسقط عنها، يدل على ذلك خبر عمر بن الخطاب فى النزاع حول ابنه عاصم، فقد قال الصديق أبو بكر: أنها أحق به ما لم تتزوج وقد وافقه عمر على هذا الحكم وكان بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه أحد ذلك، وعلى حكم أبى بكر سار القضاة لا يختلفون فيه زماناً ولا مكاناً[١].

ومبعث هذا الشرط أن زوج الأم يكره صغير زوجته من غيره بحكم العادة فينظر إليه شزراً ويعطيه نـذراً فتتعقد نفسية الصغير ويقع عليه الضرر. وهذه الكراهية لا توجد فى القريب ذى الرحم لوجود القرابة الباعثة على الشفقة.

وتسقط الحضانة عن الحاضنة بمجرد التزوج ولو لم يدخل بها لأن حديث الرسول جاء مطلقاً ولم يقيد بالدخول، ولأن الزوج بموجب العقد

---

(١) راجع فى هذا: شرح فتح القدير جـ٤ ص٣٦٨ - بدائع الصنائع جـ٤ ص٤٢- حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٥٦٥ - الدكتور عبدالعزيز عامر ص٢٥٧ وما بعدها.

يملك أن يمنعها من الحضانة وهذا وحده يكفى لعدم استحقاقها، فضلاً عن انشغالها عن الصبى بتهيئة نفسها للحياة الجديدة.

ولو طلقت الحاضنة من الأجنبى، فلا تعود إليها الحضانة إلا فى عدة الطلاق البائن، دون الطلاق الرجعى لأن الزوجية قائمة فى الطلاق الرجعى وولاية المطلق فيه باقية وهذا يؤثر فى الحضانة فمن شأنه ألا تكون الحاضنة طليقة فى رعاية شئون المحضون.

وقد ذهب العلامة ابن عابدين إلى أنه يرى ترك ما إذا كان زواج المرأة من غير ذى رحم محرم (أجنبى) ينفى عنها استحقاق الحضانة أم لا ينفيه، إلى تقدير القاضى، طبقاً لما يراه محققاً لمصلحة الصغير، لأنه قد يكون للصغير قريب مبغض له يتمنى موته ويكون زوج أمه مشفقاً عليه يعز عليه فراقه فيريد قريبه أخذه منها ليؤذيه ويؤذيها أو ليأكل من نفقته أو نحو ذلك، وقد يكون له زوجة مؤذية تؤذيه أضعاف ما يؤذيه زوج أمه الأجنبى وقد يكون له أولاد يخشى على البنت منهم الفتنة لسكناها معهم فإذا علم المفتى أو القاضى شيئاً من ذلك لا يحل له نزعه من أمه، لأن مدار الحضانة على نفع الولد[١].

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٥٦٥ – ونورد فيما يلى نص العبارات التى أوردها: «قلت: الأصوب التفصيل، وهى أن الحاضنة إذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها حق، لأن الأجنبى لا سبيل له عليها ولا على ولدها بخلاف ما إذا كانت فى عيال ذلك الأجنبى أو كانت زوجة له، وأنت علمت أن سقوط الحضانة بذلك لدفع الضرر عن الصغير، فينبغى للمفتى أن يكون ذا بصيرة ليراعى الأصلح للولد، فانه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته ويكون زوج أمه مشفقاً عليه يعز عليه فراقه فيريد قريبه أخذه منها ليؤذيه ويؤذيها أو ليأكل من نفقته أو نحو ذلك، وقد يكون له أولاد يخشى على البنت منهم الفتنة لسكناها معهم، فإذا علم المفتى أو القاضى شيئاً من ذلك لا يحل له نزعه من أمه، لأن مدار أمر الحضانة على نفع الولد، وقد مر عن البدائع: لو كانت الأخوة والأعمام غير مأمونين على نفسها أو مالها لا تسلم اليهم.

وعلى هذا الرأى سارت بعض أحكام المحاكم[١]، **كما أخذت به محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٥/٣/١٩ فى الطعن رقم ٧٥ لسنة ٥٣ق - احوال شخصية - وقد جاء به أن:**

---

(١) **فقد قضى بأن:**

١- «إذا كانت البنت المحكوم بضمها فى الرابعة من عمرها ولا يوجد لها حاضنة من النساء سوى أمها المتزوجة بأجنبى فان الضرر المتوقع بها من وجودها مع والدتها أخف وأقل بكثير من الضرر الذى يصيبها من وجودها فى بيت أبيها المتزوج الذى سيعهد بها إلى زوجته بحكم انشغاله بعمله طول النهار- ذلك لأن حق الأم فى الحضانة وإن سقط بزواجها بالأجنبى فقد يتعين للحضانة فى بعض الحالات (ابن عابدين جـ٢ صفحة ٦٥٢)».

(الاسكندرية الابتدائية بتاريخ ١٩٥٨/٢/١٧ - الدعوى رقم ٥١٥ لسنة ١٩٥٧ مستأنف)

٢- «انه وان كان من المسلم ان تزوج الأم بأجنبى عن الصغير مسقطاً لحضانتها لأن زوج الأم من شأنه أن يعطى الصغير نذراً وينظر إليه شزراً، إلا أن القاضى يجب أن ينظر فى خصوص الوقائع ويحقق فى كل حالة مصلحة المحضون لأن مدار الحضانة على نفع المحضون: وقد تكون مصلحته فى حالات أن يبقى مع أمه ولا يسلم إلى عاصبه إذا كان بهذا العاصب ما يدعو إلى ذلك، لأن الضرر الأخف يتحمل فى سبيل دفع الضرر الأشد، وهذه قاعدة فى الأصول مسلمة. وفى هذا المعنى السابق يقول ابن عابدين فى حاشيته (جزء ٣ ص٨٨٠ طبعة سنة ١٣٢٤هـ: «الأصوب التفصيل، وهو ان الحاضنة إذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها حق لأن الأجنبى لا سبيل له عليها ولا على ولدها بخلاف ما إذا كانت فى عيال ذلك الأجنبى أو كانت زوجة له، وأنت علمت أن سقوط الحضانة بذلك لدفع الضرر عن الصغير، فينبغى للمفتى أن يكون ذا بصيرة ليراعى الأصلح للولد، فقد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته، ويكون زوج أمه مشفقاً عليه يعز عليه فراقة، فيريد قريبه أخذه منها ليؤذيها أو ليأكل من نفقته أو نحو ذلك، وقد يكون له زوجة تؤذيه اضعاف ما يؤذيه زوج أمه الأجنبى، وقد يكون له أولاد يخشى على البنت منهم الفتنة لسكناها معهم، فإذا علم المفتى أو القاضى شيئاً من ذلك لا يحل له نزعه من أمه، لأن مدار الحضانة على نفع الولد».

(المنيا الابتدائية - الدعوى رقم ٣٤ لسنة ١٩٥٨ - جلسة ١٩٥٨/٦/٢٢)

«خلو الحاضنة من الزوج الأجنبى كشرط من شروط صلاحيتها للحضانة يخضع لتقدير القاضى فله أن يبقى الصغير فى يدها إذا اقتضت مصلحته ذلك اتقاء لأشد الأضرار بالاكتفاء بأخفها».

أما الحاضن من الذكور، فلا يسقط عنه الحضانة أن يكون متزوجاً بأجنبية عن المحضون[١].

٤٩- الشرط الثانى: الا تقيم الحاضنة بالمحضون مع مبغض له:

يشترط فى الحاضنة ألا تقيم بالمحضون مع من يبغضه، لأن الحضانة مشروعة لمصلحة الصغير وسكناها عند من يبغضه ولو كان قريباً له يعرضه للأذى والحاق الضرر به. فقد يكون هناك نزاع بينه وبين قريبه على حق مالى كالميراث فيتمنى له القريب الموت حتى يستأثر بالميراث أو النصيب الأوفر منه[٢].

---

(١) **وفى هذا افتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٦٥/٢/٢١ فى الطلب رقم ٣٩ لسنة ١٩٦٥ بأن:**

«المنصوص عليه فقهاً أن البنت إذا تجاوزت أقصى سن الحضانة... وجب شرعاً ضمها إلى أقرب عاصب لها، ويجبر العاصب على ضمها إذا تعين - وبما أن الفتاة المذكورة قد تجاوزت أقصى سن الحضانة إذ أنها تبلغ من العمر حوالى العشرين عاماً، ووالدها على قيد الحياة، وهى تقيم معه بالمنزل فيسقط حق حضانة النساء عنها، لا يحق لواحدة من النساء ضمها إليها، ويكون الحق فى ضمها حينئذ لوالدها شرعاً، بل يجبر الوالد على الضم إذا تعين، وزواج الأب من غير أمها لا يسقط حقه فى هذا الضم، وإذا ضمت البنت إلى والدها وكانت تقيم معه ويقوم بالانفاق عليها فعلاً فلا مقتضى لأن تطلب الحكم لها بنفقة عليه إذ انها تقيم معه ويقوم بالانفاق عليها فعلاً».

(٢) فقد جاء بالعقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ١ ص٦٥:

(سئل) فى حاضنة لولديها تزوجت بأجنبى ولها أم تريد أمها تربية الولدين فى بيت الراب زوج أم الولدين وأبوهما لا يرضى بذلك فهل له =

ومن هذا القبيل أن تقيم جدة الصغير بالمحضون فى منزل زوج أمه الأجنبى.

وذهب ابن عابدين إلى أن توافر هذا الشرط يجب تركه لتقدير القاضى وفقاً لما يراه محققاً لمصلحة المحضون.

٥٠- الشرط الثالث: ألا تكون الحاضنة مريضة بأحد الأمراض المعدية:

لم تشترط كتب المذهب الحنفى فى الحاضنة أن تكون خالية من الأمراض المعدية مثل البرص والجذام، غير أنه لما كان مدار الحضانة هو مصلحة المحضون، وهذه المصلحة تحتم ألا تحضنه حاضنة مصابة بأحد الأمراض المعدية، لأن احتمال انتقال العدوى إلى الصغير وارد للمخالطة بين الحاضنة والمحضون، وفى هذا ضرر بالغ به، ولم تشرع الحضانة لجعل الصغير فى أماكن الضرر.

وفى هذا قضت محكمة أسوان الشرعية بتاريخ ١٩٣٨/٥/٢٥ فى الدعوى رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٣٧ بأن:

«بالرجوع إلى كتب المذهب تبين أنها لم تشترط فى الحاضنة سلامتها من الأمراض المعدية انما أوجبت توافر جملة صفات ترجع فى حقيقتها إلى المحافظة على مصلحة الصغير وتوفير راحته وصحته من نمو عقل الحاضنة وأمانتها وقدرتها على التربية وعدم زواجها بأجنبى قادرة على خدمة المحضون، ولا شك أن سلامتها من الأمراض المعدية ليست أقل من هذه الشروط وجوباً ان لم تكن أولى منها بالرعاية على أن المريضة بمرض معدى وان كانت قوية قادرة على خدمة المحضون فهى فى حكم العاجزة إذ يجب لحفظه أن تبعد عنه وذلك يسقط حقها فى الحضانة».

= منعها من ذلك: (الجواب) نعم لأن الراب وهو زوج أمهما أجنبى عنهما ينظر إليهما شزراً ويعطيهما نزراً فتسقط الحضانة بتزوج غير الرحم المحرم. وبالسكنى عند المبغض صرح بذلك فى البحر وغيره».

٥١- الشرط الرابع: ألا تكون الحاضنة مرتدة:

يشترط في الحاضنة ألا تكون مرتدة[1]، لأن المرتدة تحبس عقوبة لها على الردة حتى تعود إلى الاسلام أو تموت، ومادام ذلك حالها فانها تكون غير قادرة على الحضانة كما أنه ليس في مصلحة الصغير امساكها له.

وقد ذهبت دار الافتاء المصرية - بحق - إلى أن سقوط حق المرتدة في الحضانة ليس لذات الردة بل لما يترتب عليها من الحبس بالفعل وعدم التفرغ للحضانة فإذا لم تحبس لم يكن ضرر على الصغير في بقائه عند الحاضنة فلا يكون هناك مقتض لزوال حق الحضانة عنها، أما إذا بلغ المحضون مبلغ من يعقل دينا بأن بلغ السابعة كما هو الشأن في ولد الذمية المسلم أو خيف عليه أن يألف الكفر فانه يسقط حقها في حضانته لتضرر المحضون من البقاء عند الحاضنة[2].

(أنظر تفصيلا آخر في البند التالي).

٥٢- اسلام الحاضنة ليس شرطاً للحضانة:

لا يشترط في الحاضنة أن تكون مسلمة، فيجوز أن تكون الحاضنة كتابية (يهودية أو مسيحية) أو وثنية أو مجوسية، سواء كانت هي الأم أو غير الأم،

---

(١) رسالة الابانة عن أخذ الأجرة على الحضانة - مجموعة رسائل ابن عابدين جـ١ ص٢٦٥.

(٢) فتوى صادرة بتاريخ ٦ يناير سنة ١٩٣١ - وقارن فتوى أخرى صادرة بتاريخ ١٩٦٧/١٢/٢٦ جاء بها: «.. والمرتدة ليست أهلاً للحضانة لأن جزاءها الحبس حتى تتوب أو تموت، فلا تصلح لحضانة الطفل وتربيته ما بقيت على ردتها، ولأنها برجوعها عن الإسلام تكون مبغضة لدين الطفل المسلم، ولا تؤمن أن توجهه إلى غير الإسلام فينزع من يدها محافظة عليه... الخ».

فلم يراع اتحاد الدين فى الحضانة لأن مبناها على الشفقة الطبيعية وهى لا تختلف باختلاف الدين[١].

غير أن حضانة غير المسلمة على المسلم تسقط فى حالتين:

الأولى: أن يعقل الصغير الأديان، فانه ينزع منها لاحتمال حدوث الضرر. وقدر السن الذى يعقل فيه الصغير الأديان بسبع سنين لصحة اسلامه فى هذه السن.

الثانى: أن يخاف على الصغير أن يألف غير الاسلام دينا، وان يعقل ديناً، كأن تأخذ الصغير إلى معابدها وكنائسها أو تعود على شرب الخمر وأكل لحم الخنزير.

والسن التى يخشى فيها على الصغير من أن يألف غير الإسلام ديناً غير محددة. ويقول الأخصائيون فى بحث أحوال الأطفال أن الطفل ينقش فى ذهنه المرئيات والمسموعات انتقاشاً كاملاً فى سن مبكرة قبل بلوغ السن التى يعقل فيها الأديان[٢].

---

(١) فتوى دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩١٨/١٠/٢٨.

(٢) فقد جاء فى العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ١ ص٦١ «سئل فيما إذا اسلم يهودى ثم مات عن زوجة يهودية وبنتين منها عمر أكبرهماست سنين وعن أب يهودى موسر ولم يترك الميت شيئاً فهل تكون حضانة بنيتها لها حيث لم يعقلا دينا ولا يخاف أن يألفا الكفر وتكون نفقتهما على جدها. (الجواب) نعم حيث الحال ما ذكر والحاضنة الذمية ولو مجوسية كمسلمة ما لم يعقل ديناً فينبغى تقديره بسبع سنين لصحة اسلامه حينئذ نهر وإلى أن يخاف أن يألف الكفر فينزع منها وإن لم يعقل ديناً بحر أ هـ... الخ».

وقد افتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ١١ صفر سنة ١٣٥٧ هـ - ابريل ١٩٣٨م بأن: =

الشروط الواجب توافرها فى الحاضن من الرجال:

يجب أن يتوافر فى الحاضن من الرجال بالاضافة إلى الشروط الواجب توافرها فى الحاضن بصفة عامة والتى عرضناها فيما تقدم شرطان آخران، وهما:

٥٣- الشرط الأول: أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إذا كان المحضون أنثى:

إذا كان الحاضن من العصبات، وكان المحضون أنثى فإنه يشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم للمحضونة، فإذا لم يكن كذلك سقطت عنه الحضانة، وانتقلت إلى محارم الصغيرة من الرجال غير العصبات فإذا لم يكن للأنثى حاضناً منهم سلمت لامرأة ثقة أمينة، وجرى العمل فى جمهورية مصر على تسليمها فى هذه الحالة إلى دار من دور رعاية الأيتام والسبب فى ذلك هو التحرز من الفتنة لأن القرابة غير المحرمية يحل معها الزواج فيخشى أن يترتب على حضانته لها أو ضمه لها بعد انتهاء حضانة النساء مفسدة.

(راجع فى التفصيل بند ٤٠).

= «... ثالثاً: قد نص الفقهاء أيضاً على أن الحاضنة غير المسلمة أحق بالولد المسلم ما لم يعقل الأديان بأن كان سنة سبع سنوات ولم يخف عليه أن يألف عقائد وعادات غير المسلمين فإن بلغ سنه سبع سنوات أو خشى عليه ما ذكر لم يكن للحاضنة غير المسلمة حق فى حضانته حينئذ وكان الأمر فى حفظه مفوضاً لرأى القاضى ما لم توجد حاضنة لا يترتب على حضانتها اياه شئ مما ذكر فصار الحاصل أن الولد المسلم إنما يحضنه من لا يخشى عليه منه لا فى شخصه ولا فى دينه ولا فى خلقه وسلوكه. وبهذا علم الجواب عن السؤال حيث كان الحال كما ذكر والله أعلم».

(راجع أيضاً الفتوى الصادرة بتاريخ ١٩٦٥/٥/٢٣ بناء على استفسار جريدة الطلبة العرب بالاتحاد الاشتراكى العربى بكتابها رقم ٢٣٦ المؤرخ ١٩٦٥/٥/١٥).

٥٤- الشرط الثاني: أن يكون متحدا مع المحضون في الدين:

يشترط في الحاضن العاصب أن يتحد مع المحضون في الدين، لأن الحضانة نوع من الولاية على النفس، ولا ولاية مع اختلاف الدين، لأن حق العاصب في الحضانة مبنى على الميراث، ولا توارث مع اختلاف الدين، فلو كان للمحضون قريبان في درجة واحدة واختلفا في الدين يكون الحضانة لمن يوافقه في الدين، ولو كان غير مسلم[(١)].

ولكن إذا ثبت أن الحاضن لم يغير دينه إلا من أجل استحقاق الحضانة مع استمرار تمسكه بديانته السابقة فانه يجب رد قصده عليه وعدم اجابته إلى طلب الضم[(٢)].

٥٥- اثر زوال شرط من شروط الحضانة:

إذا ثبتت الحضانة لمن يستحقها ثم زال أحد شروطها، كأن مرضت الحاضنة بمرض معد فان الحضانة تسقط عنها وتنتقل إلى من يليها في الحضانة، فإذا زال السبب الذى أدى إلى سقوط الحضانة، فان الحضانة تعود إلى الحاضنة من جديد بزوال مانعها، وهذا ليس من قبيل عودة الساقط، حيث يقال أن الساقط لا يعود، لكن معناه أن حق الحضانة منع منه مانع،

---

(١) وقد أفتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩١٦/٨/٦ بأن «.. المنصوص عليه شرعاً أنه إذا أسلم أحد الزوجين وكان بينهما ولد قاصر فان الولد يتبع من أسلم منهما فيكون مسلما تبعاً له متى كان الوالد مقيما في دار الاسلام سواء كان من أسلم من أبويه مقيماً بها أو بغيرها ومتى انتهت مدة حضانة الغلام بأن بلغ سبع سنين يسلم إلى العصبة على ترتيب الارث فيقدم الأب ثم الجد ثم الاخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم بنو الأخ الشقيق ثم بنو الأخ لأب ثم العم الشقيق ثم العم لأب. ولكن يشترط في العصبة اتحاد الدين فلا يسلم الولد الغير المسلم للعصبة المسلم ولا يسلم الولد المسلم للعصبة غير المسلم... الخ».

(٢) محكمة الأزبكية الجزئية الشرعية بتاريخ ١٩٤٠/٥/١.

وبزوال هذا المانع يعود هذا الحق، كالقول بأن النفقة تسقط بالنشوز والولاية بالجنون ثم يعودان بزوال ذلك[١].

وبالترتيب على ذلك قضت محكمة بندر شبين الكوم الجزئية للأحوال الشخصية (نفس) بتاريخ ١٩٨٨/٣/١٥ فى الدعوى رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٧ بأن:

«وحيث أنه من المقرر شرعاً أن حضانة الصغير ورعايته لوالديه لأنهما أقرب الناس إليه عادة وأقربهم شفقة وحناناً عليه فجعل الشارع الحكيم أمر رعايته وتربيته عليهما وجعل الأم أحق بحضانة الصغير فى حياته الأولى لأنه بحاجة إلى خدماتها وهى أعظم صبرا عليه فى هذه المرحلة وليس للأب مثل شفقتها عليه فى تلك الفترة فإذا بلغ الصغير سن العاشرة أو الصغيرة سن اثنى عشر

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٥٦٦ - **وقد افتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٤٤/٤/٦ بأن:**

«نفيد أنه قد جاء فى الدر من باب الحضانة من الجزء الثانى نقلاً عن البحر "وإذا أسقطت الأم حقها صارت كميتة أو متزوجة فتنقل للجدة" وعلق على ذلك ابن عابدين فى رد المحتار بما نصه. أى تنتقل الحضانة لمن يلى الأم فى الاستحقاق كالجدة ان كانت والا فلمن يليها فيما يظهر واستظهر الرحمتى أن هذا الاسقاط يدوم فلها الرجوع لأن حقها يثبت شيئاً فشيئاً فيسقط الكائن لا المستقبل - انتهى - أى فهو كاسقاطها القسم لضرتها فلا يرد أن الساقط لا يعود لأن العائد غير الساقط بخلاف اسقاط حق الشفعة. ثم رأيت بخط بعض العلماء عن المفتى أبى السعود مسألة فى رجل طلق زوجته ولها ولد صغير منه وأسقطت حقها فى الحضانة وحكم بذلك حاكم فهل لها الرجوع بأخذ الولد؟ الجواب نعم لها ذلك فان أقوى الحقين فى الحضانة للصغير ولئن أسقطت الزوجة حقها فى تقدر على اسقاط حقه أبداً» انتهى من رد المحتار. هذا ولا فرق بين الجدة والأم فى هذا الاسقاط فكما للأم بعد الاسقاط أن ترجع كذلك الجدة أم الأم إذا اسقطت حقها فلها أن ترجع لما علل به الرحمتى ما استظهره. وبهذا يعلم الجواب عن السؤال والله تعالى أعلم».

عاماً انتهت حضانة الأم أو الحاضنة لهما لاستغنائهما عن خدمة النساء واحتياجهما إلى من يحافظ عليهما وتربيتهما والأب على ذلك أقوى وأقدر ولذا يسلم الصغير أو الصغيرة بعد بلوغهما سن الحضانة إلى الأب أو من يليه من العصبات فى حالة عدم الأب لأن مدار الحضانة هو نفع المحضون فمتى تحقق نفعه وجب المصير إليه.

وحيث أنه اعمالاً لما سلف ولما كان الثابت أن المدعية قد طلقت من زوجها الذى كان يحول دون حقها فى حضانة صغيرها وأنها الآن خالية من الزوج الأجنبى عن الصغير ومن ثم فان حقها فى حضانتها لابنها يعود إليها طالما كان الصغير فى السن القانونى للحضانة».

ويراعى أنه فى حالة طلاق الحاضنة من الزوج الأجنبى عن الصغير، لا يعود حق الحضانة لها إلا فى عدة الطلاق البائن دون الرجعى.

٥٦- انتقال المفروض لنفقة المحضون بانتقال الحضانة:

إذا انتقلت حضانة الصغير إلى حاضنة أخرى فان المفروض لنفقة المحضون ينتقل للحاضنة الجديدة، وللأخيرة المطالبة بنقل هذا المفروض لا طلب فرض جديد.

وعلى هذا سارت أحكام المحاكم.

«بركة السبع الجزئية بتاريخ ١٩٨٨/٥/٢٤ - الدعوى رقم ٢٣١ لسنة ١٩٧٨ أحوال نفس - بندر شبين الكوم الجزئية بتاريخ ١٩٨٨/١/١٩ فى الدعوى رقم ٣١٨ لسنة ١٩٨٧ أحوال نفس، وبتارخ ١٩٨٨/٦/٢١ فى الدعوى رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٧ أحوال نفس».

٥٧- الحضانة حق للحاضن والمحضون:

الحضانة حق للحاضن والمحضون معاً، فالمحضون صاحب حق فى أن يكون عند أمه أو فى حضانة النساء عموماً على الترتيب الذى أورده الشارع فى الفترة الأولى من حياته، إذ النساء أقدر على أمور الحضانة من الرجال فى هذه الفترة، وفى أن يكون عند أبيه أو عند العصبات على الترتيب الوارد بالنص فى فترة معينة، لأن الرجال فيها أقدر على التعليم والتثقيف، وأخذ الغلام بأخلاق الرجال، وحفظ البنت من السقوط فى هوة الفساد.

والحاضن صاحب حق فى الحضانة، لأن الشارع جعل له ذلك بنظام خاص سواء كان من النساء أو العصبات، فلا يجب أن ينازعه فيها أحد متى كان أهلاً لها، ومصلحة الحاضن فى أن يربى الصغير تربية قويمة وأن يشب المحضون على الجادة، وأن يبتعد عما هو شائن، وأن يسير فى الطريق السوى.

وهذان الحقان متى أمكن التوفيق بينهما وجب أن يصار إلى التوفيق، وإن تعارضا قدم حق الصغير، لأن حق الصغير أقوى الحقين لأن مدار الحضانة نفع المحضون[١].

وترتيباً على ذلك قضت محكمة قويسنا الجزئية للأحوال الشخصية (نفس) بتاريخ ١٩٨٨/٦/٨ فى الدعوى رقم ٥٢ لسنة ١٩٨٨ بأن:

«من المقرر شرعاً أن فى الحضانة ثلاثة حقوق حق الصغير وحق الأم وحق الأب، وأن هذه الحقوق متى أمكن التوفيق بينها وجب أن يصار إلى التوفيق نظراً لمصلحة الصغير فإذا تعارضت فيقدم حق الصغير على غيره لأن مدار

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٥٥٩ - الدكتور عبدالعزيز عامر ص١٩٩ وما بعدها - الأستاذ عمر عبدالله ص٦١٦.

الحضانة على نفع الولد إذ الحضانة شرعاً هى تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره فى سن معين ممن له الحق فى حضانته ومدار الحضانة على نفع المحضون».

وهذا الحكم تظهر آثاره فى بعض المسائل المتعلقة بالحضانة، والتى نعرض لها فى البنود التالية:

٥٨- لا يجوز لحاضنة ابعد فى الترتيب اخذ الصغير من حاضنته:

يترتب على كون الحاضنة صاحبة حق فى الحضانة، أنه لا يجوز لحاضنة أبعد فى ترتيب المستحقات للحضانة أخذ الصغير من حاضنته، وكذا لا يجوز للأب أو العاصب فى حالة عدم وجود الأب أخذ الصغير منها فى فترة حضانتها له.

ولا يجوز أيضاً لعاصب أبعد فى الترتيب ضم المحضون طالما وجد عاصب أقرب تتوافر فيه أهلية الضم.

٥٩- لا يجوز للحاضنة التنازل عن حقها فى الحضانة إذا لم توجد حاضنة اخرى:

يجوز للحاضنة التنازل عن حقها فى حضانة الصغير إذا وجدت حاضنة أخرى تتوافر فيها شروط الحضانة تحل محلها، لأنها أسقطت حقها دون أن تفوت على الصغير حقه، فإذا لم توجد حاضنة أخرى أو وجدت وامتنعت فلا يجوز تنازلها وتجبر على الحضانة[١].

وعلى هذا نصت المادة (٣٨٧) من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا إذا جرت على أن: «إذا امتنعت الحاضنة عن الحضانة فلا تجبر عليها إلا إذا تعينت لها بأن لم يوجد للطفل حاضنة غيرها من

(١) شرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير جـ٣ ص٣٦٨.

المحـارم أو وجدت من دونهـا وامتنعت فـحينئـذ تجبـر إذا لـم يكن لهـا زوج أجـنبي».

٦٠- يجوز للحاضنة الرجوع فى التنازل عن الحضانة:

إذا تنـازلت الحـاضنة عن حضـانة الصغير، فانه يجوز لهـا الرجوع عن تنازلهـا وأخذ الولد - حتى لو صـدر بتنازلهـا حكم - لأن أقوى الحقين فى الحضانة للصغير ولئن أسقطت الحاضنة حقها فلا تقدر على اسقاط حق الصـغير أبداً[١].

---

(١) مجموعة رسائل ابن عابدين جـ١ رسالة الابانة عن أخذ الأجرة على الحضانة ص٢٦٥ - العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ١ ص٥٨ وقد جاء بها: (سئل) فى حاضنة لصغار اسقطت حقها مس الحضانة وتريد الآن أخذ الصغار وتربيتهم وهى أهل لذلك فهل لها ذلك (الجواب) نعم قال فى التنوير ولا تقدر الحاضنة على ابطال حق الصغير فيها أى فى الحضانة لها وفى شرحه وهذا الحكم مصرح به فى عامة الشروح والفتاوى. **وهذا ما قضت به المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية «دستورية» بجلسة ١٩٩٣/٥/١٥.**

فقد ذهبت إلي أن:

«... ولولي الأمر بالتالى أن يقدر ما يراه خيراً للصغير وأصلح له، بمراعاة أن حقه في الحضانة لا يعتبر متوقفاً على طلبها ممن له الحق فيها، وأن ما يصون استقراره النفسى ويحول دون إيذائه، ويكفل تقويمه، من المقاصد الشرعية التى لا تجوز المجادلة فيها، **وأن النزول عن الحضانة بعد ثبوتها لا يحول دون العودة إليها،** بل إن من المجتهدين من يقول بجواز حمل الحاضنة عليها...».

وقد افتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٢٠/٤/١٧ بأن:

«... ومن هذا يعلم أن اسقاط الزوجة المذكورة حقها فى حضانة الابن المذكور وتسليمها له فى ذلك الوقت أى وقت الصلح لا يمنع من رجوعها فى الحضانة وأخذ الولد لأنها بمطـالبتها باستلام الولد لم تكن ممتنعه عن حضانتها والخـلاف المذكور انما هو فيما إذا امتنعت ولم تطـلب وأما إذا طـلبت =

٦١- الخلع على الحضانة:

إذا خالعت المرأة زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج، فالخلع جائز والشرط باطل، لأن حق الولد يتعارض مع هذا الشرط، وتصحيح الشرط هنا فيه ضياع لحق الولد. وهى وان ملكت ابطال حقها فلا تملك ابطال حق الصغير[(١)].

وسنشير عنه دراسة الخلع فى الكتاب الرابع إلى أن المادة ٢٠ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ نصت على أنه لايصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار.

٦٢- الصلح على الحضانة:

إذا صالحت المرأة زوجها على اسقاط حقها فى حضانة ولدها فى مقابلة دين عليها له، كان الصلح باطلاً، لأنه يترتب عليه اسقاط حق الصغير وهى لا تملكه.

٦٣- جواز ندب المحكمة أخصائي اجتماعي أو أكثر :

راجع الكتاب الثانى (بند ٢٤).

= فلا كلام فى أن لها ذلك لأن الحضانة تثبت شيئاً فشيئاً فيصح الاسقاط فى الكائن لا فى المستقبل لأنها لا تقدر على اسقاطها على الدوام مراعاة لأقوى الحقين فى الحضانة وهو حق الولد وبذلك يعلم أن الحكم الصادر من المحكمة فيما أسقطه من حق الحضانة انما هو فى الحق الكائن عند صدور الحكم وأما حق الحضانة المتجدد بعد ذلك فلا يسقط إلا باسقاط جديد ولها حق المطالبة به ولا يسرى الحكم المذكور على ذلك الحق المتجدد فلا وجه لتنفيذه عليها فى الحق المتجدد والذى لم يدخل تحت الحكم وهذا إذا كان الولد لا يزال فى سن الحضانة».

(١) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص٧٥٤.

٦٤- وجوب عرض المحكمة الصلح علي الخصوم:

راجع الكتاب الثانى (بند ٢٤ وبنود ٣٩ وما بعده).

٦٤مكرر- الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة:

تنص المادة ٦٥ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ على أن: «الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته أوبالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما فى حكمها تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة».

وعلى ذلك فإن الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير، تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة، ومن ثم لامبرر للنص فى الحكم أو الأمر الصادر بالتسليم على شموله بالنفاذ المعمل بلا كفالة.

(أنظر فى التفصيل البند التالى).

٦٥- تنفيذ الأحكام الصادرة بتسليم الصغير جبرا:

نصت المادة ٦٦ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن: «يجوز تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه وتسليمه جبرا.

ويتبع فى تنفيذ الأحكام الصادرة فى هذا الشأن ماينص عليه القانون من إجراءات.

ويراعى فى جميع الأحوال أن تتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفق ما يأمر به قاضى التنفيذ.

ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذى كلما اقتضى الحال ذلك».

وجاء لفظ (وتسليمه) عاما، ومن ثم فهو يشمل تسليم الصغير إلى والدته أو إلى أى حاضنة أخرى.

فلو كان الصغير فى حضانة أمه ثم سقطت عنها الحضانة لسبب من الأسباب المسقطة لها، فحكم بانتقال الحضانة إلى حاضنة أخرى، فإن الحكم الصادر بنقل الحضانة يجوز تنفيذه جبرا.

ومفاد الفقرة الأخيرة من المادة ٦٦ أنه يجوز تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه وتسليمه جبرا أى ولو أدى ذلك إلى استعمال القرة ودخول المنازل.

ويتبع فى تنفيذ هذه الأحكام ما ينص عليه القانون من إجراءات.

وتتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفق الأوامر التى يصدرها قاضى التنفيذ(١).

ونصت الفقرة الأخيرة من المادة على أنه يجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذ حكما اقتضى الحال ذلك.

والمقصود بإعادة التنفيذ، هو تكرار تنفيذ الحكم أى تنفيذه أكثر من مرة، كما لو هرب المحضون من حاضنته إلى من حكم ضده بتسليمه ، فيجوز فى هذه الحالة للمحكوم لها أن تتقدم بطلب لإعادة تنفيذ الحكم مرة ثانية وهكذا(٢).

٦٦- إجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير :

نصت المادة ٦٩ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن : «يجرى التنفيذ بمعرفة المحضرين أو جهة الإدارة.

---

(١) وكانت المادة ٣٤٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) تنص على أن : « تنفيذ الحكم بالطاعة وحفظ الولد عند محرمه والتفريق بين الزوجين ونحو ذلك مما يتعلق بالأحوال الشخصية يكون قهرا ولو أدى إلى استعمال القوة ودخول المنازل ويتبع رجال التنفيذ فى هذه الحالة التعليمات التى تعطى من القاضى الجزئى أو رئيس المحكمة الشرعية الكائن بدائرتها المحل الذى يحصل فيه التنفيذ (حل محله قاضى التنفيذ)- (ويراعى ما أوردناه بالكتاب الأول بشأن التعديل الذى طرأ على كيفية تنفيذ أحكام الطاعة).

(٢) وعلى هذا كانت تنص المادة ٣٤٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) التى تقضى بأن: « يعاد تنفيذ الحكم بطاعة الزوجة مادامت زوجة وكذا الحكم بتسليم الولد» ، والمقصود بالولد الذكر والأنثى.

ويصدر وزير العدل قرارا بإجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أوسكناه ومن يناط به ذلك» .

ونفاذا لهذه المادة صدر بتاريخ ٢٠٠٠/٣/٦ قرار وزير العدل رقم (١٠٨٧) لسنة ٢٠٠٠ بتحديد أماكن تنفيذ الأحكام الصادرة برؤية الصغير والإجراءات الخاصة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أوضمه أو رؤيته أو سكناه ومن يناط به ذلك.

وقد نصت المادة الثانية منه على أن يجرى تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو سكناه بمعرفة المحضر المختص وبحضور أحد الأخصائيين الاجتماعيين الملحقين بالمحكمة ، فإن حدثت مقاومة أو امتناع أو عدم استجابة للنصح والإرشاد يرفع الأمر لقاضى التنفيذ ليأمر بالتنفيذ بالاستعانة بجهة الإدارة وبالقوة الجبرية إن لزم الأمر. ويحرر الأخصائى الاجتماعي مذكرة تتضمن ملاحظاته ترفق بأوراق التنفيذ ونصت المادة الثالثة منه على أن يراعي فى جميع الأحوال أن تتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفقا لما يأمر به قاضى التنفيذ . ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذى كلما اقتضى الحال ذلك على النحو المبين فى المادة ٦٦ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .

وما ذكرته المادة الثالثة من القرار الوزارى منصوص عليه بالفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ٦٦ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ ، ومن ثم لم يكن لهذه المادة ثمة مقتض .

(القرار منشور فى ملحق التشريعات بنهاية الكتاب)

٦٧- سلطة النيابة العامة في تسليم الصغير مؤقتا :

النص القانوني :

المادة ٧٠ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ :

« يجوز للنيابة العامة ، متى عرضت عليها منازعة بشأن حضانة صغير فى سن حضانة النساء، أو طلبت حضانته مؤقتا من يرجح الحكم لها بذلك، أن تصدر بعد إجراء التحقيق المناسب قرارا مسببا بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معها.

ويصدر القرار من رئيس نيابة على الأقل، ويكون واجب التنفيذ فورا إلى حين صدور حكم من المحكمة المختصة فى موضوع حضانة الصغير».

٦٨- متي تجري النيابة العامة التحقيق في منازعات الحضانة ؟

تتدخل النيابة العامة بالتحقيق فى منازعات الحضانة فى حالتين:

الحالة الأولي:

أن تعرض عليها منازعة بشأن حضانة صغير فى سن حضانة النساء.

والمقصود بذلك سن الحضانة الوجوبية للنساء وهى عشر سنوات بالنسبة للولد واثنتى عشرة سنة بالنسبة البنت، أما بعد هذه السن فإننا نكون فى مرحلة الحضانة الجوازية ولا شأن للنيابة العامة بها.

ومثال هـذه المنازعة أن تتنازع والـدة الطفل أوخـالته - فى حالة عدم وجود والدته-على حضانة الصغير مع والده .

الحالة الثانية:

أن تطلب حضانةالصغير مؤقتا من يرجح الحكم لها بذلك.

ومثال ذلك أن يكون الصغير بيد أبيه فتطلب الأم تسليم الصغير إليها مؤقتا تأسيسا على أنها صاحبة الحق فى الحضانة.

٦٩- إجراء النيابة العامة التحقيق:

تجرى النيابة العامة التحقيق فى منازعة الحضانة بنفسها لأن المادة جرت على أن : «...... أن تصدر بعد إجراء التحقيق المناسب ...... الخ».

ويجوز لأى عضو نيابة إجراء التحقيق دون التقيد بدرجة معينة ، لأن المادة اشترطت فقط صدور القرار فى المنازعة من رئيس نيابة على الأقل ، ولم تشترط ذلك فيمن يجرى التحقيق.

٧٠- إصدار القرار بتسليم الصغير :

تصدر النيابة العامة بعد إجراء التحقيق قرارا مسببا بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معه . فإذا رأت النيابة العامة أن مصلحة الصغير تتحقق بوجوده في يد أمه دون أبيه أمرت بتسليم الصغير إليها فالمصلحة وحدها هى مناط تسليم الصغير ، ولو كان تسليمه لغير من له حق مرجح فى الحضانة إذا ما عرض النزاع على المحكمة .

ويجب أن يصدر القرار من رئيس نيابة على الأقل، تقديرا لأهمية النزاع والقرار الذى يصدر بشأنه .

ويجب أن يكون القرار مسببا ، ويكفى تسبيبه تسبيبا موجزا يظهر فيه وجه المصلحة في تسليم الصغير إلى من صدر القرار بتسليمه إليه.

ويكون هذا القرار واجب التنفيذ فورا إلى حين صدور حكم من المحكمة المختصة فى موضوع حضانة الصغير[١] .

---

(١) قد أصدر السيد النائب العام بصدد المادة (٧٠) الكتاب الدورى رقم (٦) لسنة ٢٠٠٠ ننشره فيما يلى :

كتاب دوري رقم (٦) لسنة ٢٠٠٠

جمهورية مصر العربية

النيابة العامة

مكتب النائب العام – مدير التفتيش القضائى

صدر قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ وبدأ العمل به اعتباراً من أول مارس سنة ٢٠٠٠، وقد نصت المادة ٧٠ منه على أنه « يجوز للنيابة العامة، متى عرضت عليها منازعة بشأن حضانة صغير فى سن حضانة النساء، أو طلبت حضانته مؤقتا من يرجح الحكم لها بذلك، أن تصدر بعد إجراء التحقيق المناسب قراراً مسبباً بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معها.

ويصدر القرار من رئيس نيابة على الأقل، ويكون واجب التنفيذ فورا إلى حين صدور حكم من المحكمة المختصة فى موضوع حضانة الصغير.

وفى ضوء ماتضمنته تلك المادة من أحكام ندعو السادة أعضاء النيابة إلى إتباع ما يلى:

أولاً : يجوز للنيابة العامة متى عرضت عليها منازعة بشأن حضانة صغير فى سن حضانة النساء، أو طلبت حضانته مؤقتاً من يرجح الحكم لها بذلك، أن تصدر فى المنازعة قراراً وقتياً بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معها وذلك أن أن تجرى التحقيق المناسب فى هذا الشأن، وعلى أن يراعى عند إصدر القرار الأحكام الواردة بنص المادة (٢٠) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى شأن حضانة الصغير.

ثانياً : يتولى أعضاء النيابة بأنفسهم إجراء التحقيق اللازم فى المنازعات المشار إليها، مع العناية بأن يستظهر التحقيق سن الحضانة ومن له الحق فيها، ومن تتحقق مصلحته بتسليمه إليها، وذلك من خلال سماع أقوال طرفى النزاع والشهود ورجال الإدارة ، ومناقشة الصغير إذا تطلب الأمر ذلك، وفحص المستندات والأوراق المقدمة فى هذا الشأن، وطلب تحريات الشرطة بشأن النزاع عند الاقتضاء.

ويجب المبادرة إلى إجراء التحقيق المشار إليه فور عرض محضر الاستدلالات المحرر بشأن النزاع أو تقديم طلب الحضانة وإنجازه فى أقرب وقت مستطاع.

ثالثا : يرسل عضو النيابة الأوراق فور إعدادها للتصرف إلى المحامى العام للنيابة الكلية مشفوعة بمذكرة متضمنة القرار الوقتى المقترح إصداره فى شأن تسليم الصغير إلى من رأى أن مصلحته تتحقق معها وأسانيده التى يركن إليها فى ذلك ويصدر المحامى العام للنيابة الكلية- على وجه السرعة - قراره فى هذا الشأن مسببا، وذلك عدا المنازعات الواردة من النيابات الجزئية التى تقع فى دائرة نيابة متخصصة للأحوال الشخصية ، فترسلها إلى المحامى العام لنيابة الأحوال الشخصية لإصدار القرارات فيها.

ويجب استطلاع رأى المحامى العام الأول لنيابة الاستئناف المختصة فى الهام من تلك المنازعات قبل إصدار قرارات فيها.

رابعاً : يكون قرار المحامى العام فى منازعة الحضانة واجب التنفيذ فوراً إلى حين صدور حكم من المحكمة المختصة فى موضوع الحضانة، ويجرى تنفيذ القرار بمعرفة المحضرين أو جهة الإدارة وفقاً لما نص عليه القانون .

خامساً : ينشأ بكل نيابة جزئية وبكل نيابة متخصصة للأحوال الشخصية دفتر يخصص لقيد منازعات حضانة الصغار، يجرى القيد به بأرقام مسلسلة تبدأ فى أول العام الميلادى وتنتهى بنهايته، ويشمل القيد به- بحسب الأحوال- البيانات التالية : مسلسل- تاريخ ورود المحضر أو تقديم الطلب - تاريخ بدء التحقيق - تاريخ إرسال الأوراق إلى النيابة الكلية أو النيابة المتخصصة للأحوال الشخصية- تاريخ صدور القرار- منطوق القرار- إجراءات تنفيذه.

صدر فى ٢٠٠٠/٥/١٣

النائب العام المستشار

(ماهر عبد الواحد)

موضوع رقم (٤)

مدة الحضانة

٧١- (أ) مدة الحضانة فى المذهب الحنفى:

الرأى فى المذهب الحنفى أن الغلام يكون منذ ولادته فى حضانة النساء أيا كانت الحاضنة أما أو غير أم، حتى يستغنى عن خدمة النساء بأن يشرب ويأكل ويستنجى وحده.

والمراد بالاستنجاء تمام الطهارة بأن يتطهر بالماء بلا معين، وقيل مجرد الاستنجاء، وهو التطهير من النجاسة وان ولم يقدر على تمام الطهارة أى الطهارة الشاملة للوضوء.

وقدر الخصاف هذه السن بسبع وأساس هذا التقدير أن بلوغه هذه السن يغلب أن يشرب ويأكل ويستنجى وحده بدليل ما روى عن النبى عليه السلام أنه قال «مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا»، والأمر بالصلاة فى هذه السن يقتضى قدرة الصغير فيها على الطهارة لأن الصلاة لا تكون الا بها.

وقدر أبو بكر الرازى هذه السن بتسع استنادا على الغالب فى نظره من أن الصغير لايستغنى عادة عن خدمة النساء قبل هذه السن.

والفتوى فى المذهب على القول الأول.

أما البنت فهى أيضا تكون فى حضانة النساء أيا كانت الحاضنة أما أو غير أم، وتنتهى حضانة النساء لها- طبقا للرأى الراجح- اذا بلغت حد الشهوة(١).

---

(١) وهذا رأى محمد وأبى يوسف، أما فى ظاهر الرواية، اذا كانت الحاضنة أما أو جدة لأم أو لأب وان علت فان البنت تبقى فى حضانتها حتى تحيض=

وقدر البعض السن التى تبلغ فيها البنت حد الشهوة باحدى عشرة سنة وقدرها أبو الليث بتسع سنوات، وهذا التقدير الأخير هو المفتى به فى المذهب(١).

فاذا بلغ الغلام سن السابعة وبلغت البنت سن التاسعة فانهما يسلمان إلى أبيهما أو أقرب عاصب لهما على حسب ترتيبهم فى الإرث، لتبدأ المرحلة الثانية من الحضانة والتى يطلق عليها (الضم)(٢). لأن الصغير فى هذه الفترة يحتاج إلى تأديب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم والأب أقدر على التأديب والتعنيف، كما أن الصغيرة تحتاج إلى التحصن والحفظ والأب فيه أقوى وأهدى.

وهذا الرأى الراجح فى المذهب الحنفى هو الذى كان معمولا به فى مصر قبل العمل بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

= استنادا إلى أن البنت بعد أن تصل إلى الحد الذى تقوم به بمصالح بدنها تظل محتاجه إلى معرفة آداب النساء وأشغالهن مثل الغزل والطبخ والغسل والقيام على شئون المنزل والأم أقدر على ذلك فتبقى عندها بعد الاستغناء حتى البلوغ، والبلوغ يكون بالحيض أو الاحتلام مع الإنزال أو الحبل على التفصيل الذى ذكر فى موضعه.

(١) البحر الرائق جـ٤ ص ١٦٩ وما بعدها- ابن عابدين جـ٣ ص ٥٦٦.

(٢) واذا اختلفت الحاضنة مع الأب، فان القاضى ينظر فى حالة الصغير فان ثبت له أنه يشرب ويأكل ويستنجى وحده كان مستغنيا عن خدمة النساء، ولكن القاضى لايحلف أحدهما لأن اليمين للنكول ولا يملك أحدهما إبطال حق الولد من كونه عند أمه قبل السبع وعند أبيه بعدها.

٧٢- (ب) مدة الحضانة فى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩:

نصت المادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩- عند صدوره- على أن: «للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى احدى عشرة سنة اذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك»[1].

(١) وقد طعن أمام المحكمة العليا بعدم دستورية هذه المادة وقضت المحكمة العليا برفض الدعوى (الدعوى رقم ١٠ لسنة ٥ قضائية عليا (دستورية) - جلسة ١٩٧٦/٧/٣). وننشر فيما يلى الحكم بأسبابه كامله:

الوقائع

أقام المدعى عليه الثانى الدعوى الجزئية رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧١ باب شرقى للأحوال الشخصية «للولاية على النفس» بطلب الحكم بضم صغيريه مصطفى وفاطمة الزهراء اليه لبلوغهما أقصى سن حضانة النساء، وقد قضت له المحكمة بما طلب، وأقيم هذا القضاء حسبما ورد فى أسبابه على بلوغ الصغيرين أقصى سن حضانة النساء المنصوص عليه فى المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية وهو تسع سنين للصغير واحدى عشرة سنة للصغيرة، وعلى أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة وهو المذهب الواجب تطبيقه نزولا على حكم المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

وقد استأنفت المدعية هذا الحكم طالبة القضاء بالغائه موضوعا والحكم برفض الدعوى، ودفعت أمام المحكمة الاستئنافية بعدم دستورية المادة ٢٨٠ من اللائحة سالفة الذكر والمادة ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المشار إليه، فقررت هذه المحكمة بجلسة ١٧ من أبريل سنة ١٩٧٤ تأجيل نظر الاستئناف

. . . .

لجلسة ٥ من يونيه سنة ١٩٧٤ حتى تقيم المدعية الدعوى بعدم دستورية هاتين المادتين أمام المحكمة العليا.

وبصحيفة أودعت قلم كتاب المحكمة العليا بتاريخ ٢٥ من مايو سنة ١٩٧٤ أقامت المدعية هذه الدعوى تطلب الحكم بعدم دستورية المادتين سالفتى الذكر لمخالفتهما المادة الثانية من الدستور التى تنص على أن «مبادىء الشريعة الاسلامية مصدر رئيسى للتشريع» والفقرة الأولى من المادة التاسعة منه التى تنص على أن «الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين».

وقد أودعت الحكومة مذكرة بجلسة ٢٧ من مارس سنة ١٩٧٥ تحضير دفعت فيها- أصليا- بعدم قبول الدعوى بالنسبة إلى الطعن بعدم دستورية المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لانعدام مصلحة المدعية فى هذا الطعن، وطلبت - احتياطيا- رفض الدعوى برمتها موضوعا.

وقد قدمت هيئة مفوضى الدولة تقريرا انتهت فيه إلى أنها ترى الحكم بقبول الدعوى شكلا وبرفضها موضوعا والزام المدعية المصروفات ومصادرة الكفالة.

وقد نظرت الدعوى بجلسة ٣ من أبريل سنة ١٩٧٦ حيث أجلت لجلسة أول مايو سنة ١٩٧٦ ثم لجلسة ٥ من يونيه سنة ١٩٧٦ ثم أرجىء النطق بالحكم لجلسة اليوم وفيها صدر الحكم الآتى:

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع الايضاحات، وبعد المداولة.

من حيث أن الدعوى استوفت الأوضاع المقررة قانونا.

عن الدفع بعدم قبول الدعوى بالنسبة إلى الطعن بعدم دستورية المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية:

من حيث أن مبنى هذا الدفع انتفاء مصلحة المدعية فى الطعن، وتقول الحكومة فى بيان ذلك أن المادة المذكورة تنص على أن «تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة. ماعدا الأحوال التى ينص فيها قانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام فيها طبقا لتلك القواعد»، ويستفاد من هذا النص أن الشارع يفرق فى شأن المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المنازعات التى شرع لها قواعد خاصة نص عليها فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو فى قوانين خاصة وبين تلك التى لم يشرع لها مثل هذه القواعد، فأوجب الفصل فى الأولى وفقا لما شرع من قواعد، وأوجب الفصل فى الثانية وفقا لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة. ولما كان الشارع قد شرع للمنازعات المتعلقة بضم الصغير إلى عاصبه قاعدة خاصة ضمنها نص المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، فان هذه القاعدة دون سواها تكون هى الواجبة التطبيق فيما ثار بين المدعية وبين المدعى عليه الثانى فى الدعوى الموضوعية حول ضم الطفلين، =

....

= ومن ثم تنتفى مصلحة المدعية فى الطعن فى المادة ٢٨٠ من اللائحة سالفة الذكر فيما نصت عليه من وجوب الفصل فى المنازعات التى لم يرد فى شأنها قواعد خاصة طبقا لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة.

ومن حيث أن هذا الدفع غير سديد ذلك أن المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية اذ اقتصر نصها على أن «للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى احدى عشرة سنة ان تبين له ان مصلحتهما تقتضى ذلك» تكون قد اقتصرت فى شأن أحكام الحضانة على تقنين حكم يتعلق - فحسب- بتحديد أقصى سن حضانة النساء للصغير، ولما كانت المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد أوجبت الفصل فيما لم يرد فى شأنه قاعدة خاصة فى هذه اللائحة أو فى قوانين الأحوال الشخصية وفقا لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة فان مفاد ذلك أن مالم يتناوله نص المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من أحكام الحضانة كمقومات الحضانة وشرائطها ومسقطاتها يبقى محكوما بأرجح الأقوال فى هذا المذهب، واذ كانت المدعية تستهدف بالدعوى الدستورية استبعاد المذهب الحنفى أصلا من مجال التطبيق القضائى فى منازعات الحضانة توصلا إلى الحكم برفض دعوى الضم المقامة عليها أمام محكمة الموضوع فان مصلحة المدعية فى الطعن فى المادة ٢٨٠ من اللائحة المذكورة تكون قائمة ومن ثم يكون الدفع غير قائم على أساس سليم متعينا رفضه.

عن الموضوع:

أولا- بالنسبة إلى الطعن فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية:

من حيث أن المدعية تنعى على هذه المـادة أولا مخالفة نصين من الدستور أولهـما نص المـادة الثانية التى تنص على أن «الاسلام دين الدولة ومبادىء الشريعة الاسلامية مصدر رئيسى للتشريع» والثانى نص الفقرة الأولى من المـادة التاسعة منه التى تنص على «أن الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والاخلاق والوطنية» وذلك للأوجه الآتية:

الوجـه الأول:

أن المـادة الثانية من الدستور اذ نصت على أن مبادىء الشريعة الاسلامية مصدر رئيسى للتشريع، فانها تعنى توجيه المشرع إلى أحكام الشريعة الاسلامية كـمصدر كلى ينتظم المذاهب أو بأرجح الأقوال فيه، واذ كانت المـادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد نصت على الزام القضاء التقيد بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة دون سواه، وكان هذا التقييد مما لايملكه ولى الأمر فانها تكون قد خالفت المـادة الثانية من الدستور.

الوجـه الثـانى:

أن الزام القضاء التقيد بمذهب معين من مذاهب الشريعة الاسلامية من شأنه إغلاق باب الاجتهاد وتجميد الشريعة السمحاء، مع أن الاجتهاد واجب على أهل كل زمان.

الوجـه الثـالث:

أن الفقره الأولى من المـادة التاسعة من الدستور اذ نصت على أن «الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين...» انما قصدت أن تهيمن على تنظيم الأسرة مبادىء الشريعة الاسلامية بكل مافيها من سعة وشمول، لا أن يهيمن على هذا التنظيم مذهب واحد من مذاهب الشريعة الغراء هو المذهب الحنفى.

. . . .

ومن حيث أنه بالنسبة إلى ماتنعاه المدعية- فى الوجه الأول من أوجه الطعن فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية- وحاصله مخالفة تلك المادة لنص المادة الثانية من الدستور، فهو مردود بأن هذه المادة تقضى بأن مبادىء الشريعة الاسلامية مصدر رئيسى للتشريع - فهى تستهدف توجيه الشارع إلى استلهام قواعد التشريع من مبادىء الشريعة الغراء، أما تخير المشرع مذهبا دون مذهب أو أرجح الأقوال فى مذهب من المذاهب والزام القضاء التقيد به- فهو من المسائل التى يترخص فيها بسلطة تقديرية وفقا لما يراه ملائما لظروف المجتمع بلا معقب عليه فى تقديره، وليس صحيحا ماتقوله المدعية من أن ولى الأمر لايملك تقييد القضاء بمذهب دون سواه، اذ يسوغ للشارع- بما له من سلطان- أن يجمع الناس على رأى واحد يرفع به الخلاف ويقيد به القاضى كى ينزل الجميع على حكمه ويأثم من يخالفه، لأن طاعة ولى الأمر واجبة فيما ليس فيه مخالفة للشرع ولا معصية، وأساس هذا الجمع هو تيسير تعريف القاضى والمتقاضى على السواء بما يحكم أعمال الناس من قواعد، تحقيقا لاستقرار العلاقات وثبات الأحكام وارساء للحق والعدل والمساواة، وعلى أساس هذا النظر أصدر المشرع الأمر العالى المؤرخ فى ٢٧ من مايو سنة ١٨٩٧ مشتملا على اللائحة الأولى لترتيب المحاكم الشرعية. متضمنة تقنينا تشريعيا لبعض الأحكام الشرعية، وقد نص فى المادة ٢٨٠ من تلك اللائحة على وجوب صدور الأحكام فيما لم يرد فى شأنه نص فيها - وفقا لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة وبمذهب أبى يوسف عند اختلاف الزوجين فى مقدار المهر، ثم أصدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فى شأن النفقة والمفقود والتفريق بالعيب، والمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى شأن الطلاق والشقاق بين الزوجين والتطليق للضرر ولغيبة الزوج أو لحبسه وتحديد

. . . .

أقصى سن لحضانة النساء للصغير، ثم استعاض عن اللائحة المشار إليها باللائحة الجديدة للمحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ التى تتضمن تقنينا تشريعيا لبعض أحكام الأحوال الشخصية أخصها ما يتعلق بسماع الدعوى عند الانكار (المادتان ٩٨و٩٩)، وبالأدلة الخطية (المادة ١٣٧)، وبالشهادة (المادتان ١٧٩، ١٨١) وقد نصت المادة ٢٨٠ منها على وجوب صدور الأحكام فيما لم يرد فى شأنه نص فى هذه اللائحة أو فى قوانين الأحوال الشخصية وفقا لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة، ثم قنن الشارع بعض الأحكام الشرعية الأخرى بتشريعات عدة منها القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ فى شأن المواريث، والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فى شأن الوصية، والمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال ثم أبقى الشارع على نص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فلم يتناوله بالإلغاء، ضمن ما ألغاه من نصوصها بالقانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بالغاء المحاكم الشرعية- وعلى مقتضى ذلك كله يتعين رفض هذا الوجه من أوجه الطعن.

ومن حيث ان ماتنعاه المدعية- فى الوجه الثانى من أوجه طعنها فى المادة ٢٨٠ من اللائحة المذكورة وحاصله «ان الزام القضاء التقيد بمذهب دون سواه من مذاهب الشريعة الغراء من شأنه اغلاق باب الاجتهاد»- مردود بأنه فضلا عن أن ذلك الوجه لاينطوى على مخالفة لنص من نصوص الدستور فان هذه المادة لاتغلق باب الاجتهاد بل أنها اذ تنص على وجوب اصدار الأحكام- فيما لم يرد فيه نص وضعى- وفقا لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة- تكون قد تركت للقاضى باب الاجتهاد مفتوحا لاستظهار أرجح هذه الأقوال، وليس من شأن هذه المادة منع الشارع من أن يستلهم من المذاهب الأربعة ومن غيرها

من المذاهب الأخرى- ما يراه ملائما لزمانه وبيئته، ولم يغب هذا المعنى عن الشارع: فقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية أنه «من السياسة التشريعية أن يفتح للجمهور باب الرحمة من الشريعة نفسها وأن يرجع إلى آراء العلماء لمعالجة الأمراض الاجتماعية كلما استعصى مرض منها حتى يشعر الناس بأن فى الشريعة مخرجا من الضيق... وليس هناك مانع شرعى من الأخذ بأقوال الفقهاء من غير المذاهب الأربعة اذا كان الأخذ بأقوالهم يؤدى إلى جلب صالح عام أو رفع ضرر عام».

ومن حيث أنه عن الوجه الثالث من أوجه الطعن فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وحاصله أن الفقرة الأولى من المادة التاسعة من الدستور اذ نصت على أن «الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين... » فإنها تعنى أن تهيمن على تنظيم الأسرة مبادىء الشريعة الاسلامية بكل ما فيها من سعة وشمول لا أن يهيمن على هذا التنظيم مذهب واحد من مذاهب الشريعة الغراء هو المذهب الحنفى- هذا القول مردود بأن ذلك النص الدستورى انما يتعلق بالمقومات الأساسية للمجتمع، فهو يتضمن توجيه الأسرة إلى الاعتصام بالدين والتزام أوامره ونواهيه ولا شأن له بدستورية القوانين.

ثانيا: بالنسبة إلي الطعن في المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى شأن تحديد اقصى سن لحضانة النساء للصغير:

من حيث أن المدعية تنعى على هذه المادة مخالفة المادة الثانية من الدستور التى تنص على أن «مبادىء الشريعة الاسلامية مصدر رئيسى للتشريع»، وبيان ذلك أن المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ سالفة الذكر اذ أقرت ضمنا ما أمرت به المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من

وجاء بالمذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون المذكور ما يأتى:

«جرى العمل إلى الآن على أن حق الحضانة ينتهى عند بلوغ الصغير سبع سنين وبلوغ الصغيرة تسعا وهى سن دلت التجارب على أنها قد لا

صدور الأحكام فى سائر منازعات الحضانة - عدا ماتضمنته من تحديد لأقصى سن حضانة النساء للصغير - وفقا لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة تكون - بدورها - قد خالفت هذا النص الدستورى لذات الأسباب التى أقيم عليها الطعن فى المادة ٢٨٠ من اللائحة.

ومن حيث أن هذا القول مردود بما سلف بيانه من أسباب فى شأن الرد على ما أثارته المدعية من أوجه الطعن فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

ومن حيث أنه يخلص من كل ماتقدم أن المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية اذ نصت على أن «تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ماعدا الأحوال التى ينص فيها قانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام فيها طبقا لتلك القواعد» وأن المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ اذ نصت على أن «للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى احدى عشرة سنة اذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك» لاتكون أيتهما مخالفة للدستور، ومن ثم تكون الدعوى غير قائمة على أساس متعينا رفضها موضوعا والزام المدعية المصروفات ومصادرة الكفالة.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدفع بعدم قبول الدعوى، وفى الموضوع برفض الدعوى والزمت المدعية المصروفات ومبلغ ثلاثين جنيها مقابل اتعاب المحاماة وأمرت بمصادرة الكفالة.

يستغنى فيها الصغير والصغيرة عن الحضانة فيكونان فى خطر ضمهما إلى غير النساء خصوصا اذا كان والدهما متزوجا بغير أمهما، ولذلك كثرت شكوى النساء من انتزاع أولادهن منهن فى ذلك الوقت.

ولما كان المعول عليه فى مذهب الحنفية أن الصغير يسلم إلى أبيه عند الاستغناء عن خدمة النساء والصغيرة تسلم إليه عند بلوغ حد الشهوة وقد اختلف الفقهاء فى تقدير السن التى يكون عندها الاستغناء بالنسبة للصغير فقدرها بعضهم بسبع سنين وبعضهم قدرها بتسع وقدر بعضهم بلوغ حد الشهوة بتسع سنين وبعضهم قدره باحدى عشر. رأت الوزارة أن المصلحة داعية إلى أن يكون للقاضى حرية النظر فى تقدير مصلحة الصغير بعد سبع والصغيرة بعد تسع فان رأى مصلحتهما فى بقائهما تحت حضانة النساء قضى بذلك إلى تسع فى الصغير واحدى عشرة فى الصغيرة وان رأى مصلحتهما فى غير ذلك قضى بضمهما إلى غير النساء».

ومفاد ماتقدم أن المرسوم بقانون المذكور، جعل مناط ابقاء الصغير فى يد حاضنته حتى التاسعة فى استغنائه عن خدمة النساء، ومناط ابقاء الصغيرة فى يد حاضنتها حتى احدى عشرة سنة هو عدم بلوغها حد الاشتهاء، والقاضى هو الذى يستخلص ذلك من وقائع الدعوى وأدلتها وقرائنها.

٧٣- (جـ) مدة الحضانة فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥:

نصت المادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على ان:

«ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة، ويجوز للقاضى بعد هذه السن ابقاء الصغير حتى سن

الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة اذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك...الخ»[١].

(١) وهذا النص يطابق المـادة (٢٠) بعد استبدالها بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستورية.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا برفض الدعوى التى رفعت بطلب القضاء بعدم دستورية هذا النص وذلك بتاريخ ١٩٩٣/٥/١٥ فى القضية رقم ٧ لسنة ٨ ،قضائية دستورية، وقد جاء به:

«وحيث أن المدعى ينعى على الفقرة الأولى من المـادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥- المشار إليه- مخالفتها للدستور، وذلك فيما تنص عليه من أن «ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة، ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتـزوج فى يد الحـاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتهـما تقتضى ذلك».

وحيث أن البين من المذكرة الإيضاحية لهذا النص أن تتبع المنازعات الدائرة فى شأن الصغار يدل على أن المصلحة هى فى استقرارهم حتى يتوافر لهم الأمان والاطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا ينزعوا من يد حاضنتهم، وأنه لايجوز للقاضى مد فترة الحضانة إلا أن تكون مصلحة الصغير أو الصغيرة فى بقاء الحضانة بيد النساء وذلك مع التزام الأب بنفقة المحضون الذاتية من طعام وكساء ومسكن وغير ذلك إلى جانب ما يقضى به العرف أو ما يقوم مقامه، مع حرمان الحاضنة من أجر الحضانة فى المدة التى تمتد إليها بإذن القاضى، وبمراعاة أن الغاية التى توخاها المشرع بالفقرة الأولى من المـادة (٢٠)- المشار إليها- هى منع الخلاف بين الأب والحاضنة على نزع الحضانة فى سن غير مناسبة بقصد

. . . .

النكاية دون رعاية لصالح الصغار، وما يقتضيه الاستقرار النفسى اللازم لسلامة نموهم وحسن تربيتهم، وأن السند الشرعى لهذه الأحكام هو مذهب الإمام مالك.

وحيث إن النعى بمخالفة الفقرة الأولى من المادة ٢٠- المشار إليها- للدستور غير سديد، ذلك أن مانص عليه الدستور فى مادته الثانية بعد تعديلها- وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة- من سريان حكمها على التشريعات الصادرة بعد العمل بها، ومن بينها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥- مؤداه أنه لايجوز لنص تشريعى أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها، فهذه الأحكام وحدها هى التى لايجوز الاجتهاد فيها، وهى تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التى لا تحتمل تأويلا أو تبديلا، ومن غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان، إذ هى عصية على التعديل ولايجوز الخروج عليها، وتقتصر ولاية المحكمة الدستورية العليا فى شأنها على مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها، ذلك أن المادة الثانية من الدستور تقدم على هذه القواعد، أحكام الشريعة الإسلامية فى أصولها ومبادئها الكلية، إذ هى إطارها العام وركائزها الثابتة التى تفرض متطلباتها دوما بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها، وإلا اعتبر ذلك تشهيا وإهدارا لما علم من الدين بالضرورة وعلى خلاف هذا، الأحكام الظنية سواء فى ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معا، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد إلى سواها، وهى تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيما لشئون العباد بما يكفل

. . . .

مصالحهم المعتبرة شرعا، ولابد أن يكون هذا الاجتهاد واقعا فى إطار الأصول الكلية للشريعة الإسلامية بما لايجاوزها، مقيما الأحكام العملية بالاعتماد فى استنباطها على الأدلة الشرعية، متوخيا من خلالها تحقيق المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من صون الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

وحيث ان الحضانة - فى أصل شرعتها- هى ولاية للتربية، غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه فى الفترة الأولى من حياته. والأصل فيها هو مصلحة الصغير، وهى تتحقق بأن تضمه الحاضنة- التى لها الحق فى تربيته شرعا- إلى جناحها باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه وصيانته، ولأن انتزاعه منها- وهى أشفق عليه وأوثق اتصالا به وأكثر معرفة بما يلزمه وأوفر صبرا- مضرة به إبان الفترة الدقيقة التى لا يستقل فيها بأموره والتى لا يجوز خلالها أن يعهد به إلى غير مؤتمن يأكل من نفقته، ويطعمه نزرا، أو ينظر إليه شزرا. وحين يقرر ولى الأمر حدود هذه المصلحة معرفا بأبعادها، فذلك لأن الشريعة الإسلامية فى مبادئها الكلية - القطعية فى ثبوتها ودلالتها- لاتقيم لسن الحضانة تخوما لايجوز تجاوزها، انطلاقا من أن تربية الصغير مسألة لها خطرها، وإن تطرق الخلل إليها- ولو فى بعض جوانبها- مدعاة لضياع الولد، ومن ثم تعين أن يتحدد مداها بما يكون لازما للقيام على مصلحته، ودفع المضرة عنه، باعتبار أن مدار الحضانة على نفع المحضون، وأن رعايته مقدمة على أية مصلحة لغيره، حتى عند من يقولون بأن الحضانة لاتتمحض عن حق للصغير، وإنما يتداخل فيها حق من ترعاه، ويعهد إليها بأمره. ولولى الأمر

. . . .

بالتالى أن يقدر مايراه خيرا للصغير وأصلح له، بمراعاة أن حقه فى الحضانة لايعتبر متوقفا على طلبها ممن له الحق فيها، وأن ما يصون استقراره النفسى ويحول دون إيذائه، ويكفل تقويمه، من المقاصد الشرعية التى لاتجوز المجادلة فيها، وأن النزول عن الحضانة بعد ثبوتها لايحول دون العودة إليها، بل أن من المجتهدين من يقول بجواز حمل الحاضنة عليها- بافتراض اجتماع شروطها فيها- كلما كان ذلك ضروريا لصيانة الصغير وحفظه. وقد دل الفقهاء- باختلافهم فى زمن الحضانة- وهى الفترة الواقعة بين بدئها وانتهاء الحق فيها- على أن مصلحة الصغير هى مدار أحكامها، وأنها من المسائل الاجتهادية التى تتباين الآراء حولها، كل من وجهة يعتد فيها بما يراه أكفل لتحصيل الخير للصغير فى إطار من الحق والعدل. ولئن كان المتقدمون لايقدرون للحضانة مدة معينة تنتهى بانتهائها، وإنما يركنون إلى معايير مرنة بطبيعتها ضابطها هو انتهاؤها عند السن التى يبلغها الصغير أو الصغيرة مميزين قادرين على الوفاء بحاجاتهما الأولية مستغنين تبعا عن خدمة النساء، وكان أخرون من بعدهم قد حدوا للحضانة سنا معينة تنتهى ببلوغها قطعا لكل جدل حولها، إلا أن استقراء أقوال هؤلاء وهؤلاء يدل على أن اجتهاداتهم فى شأن واقعة انتهاء الحضانة، مدارها نفع المحضون- صغيرا كان أم صغيرة- ويتعين بالتالى أن يصار إلى كل ما يصلحه ويكفل وقايته مما يؤذيه، وترتيبته إنماء لمداركه ولإعداده للحياة، وبوجه خاص من النواحى النفسية والعقلية، وكان الأصل فى حضانة الصغير- على ما تقدم- هو تعهدهما بالرعاية بما يحول دون الإضرار بهما، تعين ألا تكون سن الحضانة محددة بقاعدة جامدة صارمة لا تأخذ فى اعتبارها تغير

الزمان والمكان، أو تغفل فى مجال تطبيقها ما يقتضيه التمييز فى نطاق الحضانة بين الصغير والصغيرة بالنظر إلى طبيعة كل منهما، وخصائص تكوينه ودرجة احتياجه إلى من يقوم على تربيته وتقويمه، وما تتطلبه الذكورة والأنوثة من تنمية ملكاتهما، وفى ذلك قدر من المرونة التى تسعها الشريعة الإسلامية فى أحكامها الفرعية المستجيبة دوما للتطور، توخيا لربطها بمصالح الناس واحتياجاتهم المتجددة، وأعرافهم المتغيرة، التى لاتصادم حكما قطعيا، وهى مرونة ينافيها أن يتقيد المشرع بآراء بذاتها لايريم عنها، أو أن يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية معينة تكون المصالح المعتبرة شرعا قد جاوزتها، وتلك هى الشريعة فى أصولها ومنابتها، شريعة مرنة غير جامدة يتقيد الاجتهاد فيها- بما يقوم عليه من استفراغ الجهد للوصول إلى حكم فيما لانص عليه- بضوابطها الكلية وبما لا يعطل مقاصدها ولئن صح القول بأن أهمية الاجتهاد ولزومه لا يوازيها إلا خطره ودقته، فإن من الصحيح كذلك أن لولى الأمر الاجتهاد فى الأحكام الظنية بمراعاة المصلحة الحقيقية التى يقوم برهانها من الأدلة الشرعية، وهو مانحاه النص التشريعى المطعون فيه، ذلك أن السن الإلزامية للحضانة التى حددها- وهى عشر سنين للصغير واثنتا عشرة سنة للصغيرة- لا تعدو أن تكون تقريرا لأحكام عملية فى دائرة الاجتهاد بما لا يصادم الشريعة الإسلامية فى أصولها الثابتة ومبادئها الكلية، إذ ليس ثمة نص قطعى فيها- فى ثبوته ودلالته- يقرر للحضانة سنا لا يجوز لولى الأمر أن يتخطاها، وإنما مرد الأمر فى تعيينها إلى ما يترخص ولى الأمر فى تقديره مقيدا فى ذلك بمصلحة المحضون بما يراه أكفل لها وادعى لتحقيقها، وبما يحول دون إعناته، وهو فى ذلك لايصدر عن

وهـذا الـنـص رفـــع أقصـى ســن حضـانــة النســاء للصغير مــن سبــع سنــوات إلــى عشر سنــوات وللصغيــرة مــن تــســع سنــوات إلى اثنتى عشــرة سنــة، وأجـــاز للقاضـــى بعد هــذه الســـن ابــقـــاء الصـغير حتـــى ســن الخــامسة عشــرة والصغيــرة حتى تتزوج فى يـــد الحــاضــنــة دون أجــر حضـانـــة

نظرة تحكمية، بل غايته رفع الحرج وفق أسس موضوعية قدر معها أن مصلحة المحضون لازمها عدم ترويعه بانتزاعه من حاضنته، بما يخل بأمنه واطمئنانه ويهــدد استقراره، وأن وجود الولد- ذكرا كان أو أنثى- فى يدها سواء قبل بلوغ السن الإلزامية للحضانة، أو بعد بلوغها- حين يقرر القـاضى أن المـصلحة تقـتضى إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج- لا يغل يــد والدهما عنهما ولا يحـد من ولايته الشرعية عليهما، وكان النص المطعون علـيه قـد تناول أمورا تنظـيمـية، وتقرر لمصلحة مشروعة يسجلبها، وقـد قال المـالكية بما لا يناقض مضـمونه بذهابهم إلى أن حضانة الصغير تنتهى إذا بلغ عاقلا غير زمن، وإن أمد الحضانة للصغيرة حتى يدخل بها زوجها، وكان النص التشريعى المطعون عليه قد صدر مستلهما مقاصد الشريعة الكلية، غير مناقض لمقوماتها الأساسية، واقعا فى نطاق توجهاتها العامة التى تحض على الاجتهاد فى غير أحكامها القطعية فى ثبوتها ودلالتها. إذ كان ذلك، فإن قالة مخالفة هذا النص للمـادة الثانية من الدستور لايكون لها محل»

اذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك[١].

وقد علل الشارع رفع سن الحضانة - على ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ من أنه: «بتتبع المنازعات الدائرة فى شأن الصغار تبين أن المصلحة تقتضى العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان والاطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا ينزعجون بنزعهم من الحاضنات ومن أجل هذا ارتأى المشروع انهاء حضانة النساء للصغير ببلوغه العاشرة

---

(١) وحال مناقشة مشروع المادة بمجلس الشعب اقترح السيد العضو حسن جودة تعديل المادة بجعلها كالآتى: «ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة اذا تزوجت المطلقة بآخر، أما اذا عاشت المطلقة لحضانة أولادها، فتبقى الصغيرة حتى تتزوج والصغير حتى يتم تعليمه فى حضانتها مع الزام الزوج بنفقتها» - وقد أبدى السيد العضو ممتاز نصار موافقته على هذا الاقتراح قائلا:

«انى أوافق على هذا الاقتراح وأبرره لأن الزوجة أو الحاضنة المطلقة اذا لم تتزوج فهى أصلح من غيرها فى استمرار الحضانة، وان الصغار هنا يرتبطون بها ارتباطا كاملا، ومن الظلم أن نفصل بينهما قبل هذه السن، لأن ذلك أمر لايتفق مع الرحمة».

غير أن المجلس لم يوافق على هذا الاقتراح.

(مضبطة المجلس- الجلسة ٩٨ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥ ص ٢٩).

وحضانتهن للصغيرة ببلوغها سن الثانية عشرة ثم أجاز للقاضى بعد هذه السن ابقاء الصغير فى يد الحاضنة حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج أخذا بمذهب مالك فى هذا الموضوع»[١].

٧٤- كيفية احتساب مدة الحضانة:

تحتسب مدة الحضانة طبقا للتقويم الهجرى، لأن التقويم الهجرى هو الأصل فى التقويم الشرعى، فيعمل به ما لم يرد نص خاص باعتبار التقويم الميلادى، ولم يرد استثناء من العمل بهذا التقويم فى المادة (٢٣) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تنص على أن المراد بالسنة فى المواد من ١٢ إلى ١٨ هى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوما.

والسنة الشمسية (الميلادية) تزيد على السنة القمرية (الهجرية) بأحد عشر يوما[٢].

واذا كان المحضون مولودا فى غرة الشهر الهجرى احتسبت مدة الحضانة بالأهلة أى بالأشهر القمرية (الهجرية) فتكون السنة اثنى عشر شهرا قمريا.

أما اذا كان المحضون مولودا فى خلال الشهر القمرى، فيكمل الشهر الأول الذى ولد فيه من الشهر الأخير باعتبار الشهر ثلاثين يوما، وما بينهما يحتسب بالأهلة فتكون السنوات هلالية بين الشهرين المذكورين[٣].

---

(١) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب.

(٢)أنظر فى التفصيل الكتاب الرابع .

(٣) وهذا هو رأى الصاحبين الذى رجحناه مع البعض بشأن احتساب مدة السنة التى يؤجل فيها العنين.

(أنظر رأى الإمام أبى حنيفة الجزء الرابع بند ١٤٤- الدكتور عبد العزيز عامر ص ٣٥٢ وما بعدها).

٧٥- جواز إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة:

أجازت المادة للقاضى بعد انتهاء سن حضانة النساء للمحضون، ابقاء الصغير حتى الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة بدون أجر حضانة اذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك[١].

وقد أشار تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن الاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أن هذا الحكم مستمد من مذهب الامام مالك[٢] وعلل الأخذ به بأنه يكفل الرعاية الواجبة للصغار ويتيح لهم

---

(١) وقد ورد الحكم أيضا فى المادة عند تعديلها بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته. وقد قضت محكمة النقض فى ظل هذا النص بأن: «النص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ على أن ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة ويجوز للقاضى بعد هذه السن ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة بدون أجر حضانة اذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك».

(طعن رقم ٧٥ لسنة ٥٣ق أحوال شخصية- جلسة ١٩٨٥/٣/١٩)

(٢) وهو ما أشارت إليه أيضا المذكرة الايضاحية للاقتراح بمشروع القانون - والواقع أن سن الحضانة الذى أخذ به النص سواء فى مدتها الاجبارية أو الجوازية لا يطابق ماجاء بمذهب مالك تماما، وإن كان هذا المذهب هو أقرب المذاهب منه.

فالمشهور فى مذهب مالك، أن حضانة الذكر تنتهى بالبلوغ ولو كان زمنا أو

= مجنونا، سقطت عن الأم واستمرت نفقته على الأب، وحضانة الأنثى كالنفقة تنتهى بدخول الزوج بها وليس مثل الدخول الدعاء له فى المطيقة، وهذا فى الأم المطلقة أو من مات زوجها وأما من فى عصمة زوجها فهى حق لهما، الا اذا بلغت مبلغ النكاح وخيف عليها نظر فان كانت أمها فى حرز ومنعة وتحصين كانت أحق بها أبدا حتى تنكح وان بلغت ابنتها ثلاثين أو أربعين سنة، فان خيف على البنت فى موضع الأم ولم تكن الأم فى تحصين ولا منعة أو تكون الأم لعلها ليست بمرضية فى حالها ضمها أبوها إليه أو أولياؤها اذا كان فى الموضع الذى تضم إليه كفاية وحرز (حاشية الدسوقى جـ٢ ص ٥٢٦- المدونة الكبرى جـ٥ ص ٣٨).

وواضح مخالفة النص لمذهب الامام مالك فى جعله حق الحضانة على مرحلتين- بحسب نظر القاضى إلى مصلحة المحضون- وفى جعله المرحلة الأولى بالنسبة للصبى قبل سن البلوغ عادة والثانية بعده عادة، بينما حضانة النساء فى المذهب المالكى مرحلة واحدة تنتهى ببلوغ الصبى بلوغا حقيقيا. (الدكتور محمد بلتاجى - دراسات فى الأحوال الشخصية ص ٢٨٦ وما بعدها).

والنص فى مذهب مالك على امتداد سن الحضانة للأنثى إلى وقت دخول الزوج بها بنى على أساس أن الأنثى لاتخرج من بيتها وليس لها دراية بالحياة الا بعد دخول الزوج بها، فضلا عن أن دخول الزوج بزوجته كان وقت هذا الاجتهاد يتم غالبا فى سن لايتجاوز الخامسة عشرة الا بقليل أما الآن فقد انفتح مجتمع النساء على مجتمع الرجال فى أغلب الأمكنة فضلا عن أن الأنثى قد تصل إلى سن الخامسة والعشرين والثلاثين دون زواج.

(الدكتور عبد الناصر العطار ص ٥٢).

الاستقرار النفسى اللازم لسلامة نموهم وتربيتهم ويمنع الخلاف بين الأب والحاضنة على نزع الحضانة فى سن غير مناسبة للنكاية دون رعاية لصالح الصغار.

٧٦ - اثر انتقال الحاضنة بالمحضون من مكان الحضانة:

اذا انتقلت الحاضنة بالمحضون من مكان الحضانة إلى بلد آخر فى غير

= وإجازة ابقاء الصغير فى يد الحاضنة حتى سن الخامسة عشرة يعنى أن الصغير لن يضم إلى أبيه أبدا- فى معظم الحالات- لأن هذه السن- كما سنرى هى أقصى سن البلوغ، والصبى اذا بلغ سن البلوغ تثبت له الولاية على نفسه شرعا، فاذا بلغ مأمونا على نفسه كان له أن يختار السكنى منفردا، ولا يجوز ضمه إلى أبيه جبرا عنه، وعلى ذلك فسيحرم الغلام من ضمه إلى أبيه ومن التخلق بآداب الرجال وأخلاقهم وخضوعه لرقابة الأب اللازمة لتقويمه وصونه من أى اعوجاج، وهى كلها أمور لازمة له فى حياته المستقبلة، فاذا ماشب بدونها كان فى ذلك وهن له وعجز عن مواجهة شدائد الحياة.

واجازة ابقاء الصغيرة فى يد الحاضنة حتى تتزوج، مؤداه أيضا حرمانها نهائيا من ضمها إلى أبيها رغم أن البنت تكون فى هذه السن أحوج ماتكون إلى رقابة الأب وتوجيهه صونا لها وحفاظا على عفتها وكرامة أسرتها، لاسيما فى هذا العصر الذى شاع فيه التحرر بل التسيب أحيانا فى مجتمع النساء.

الحالات الجائزة شرعا، فلا يترتب على ذلك ابطال حقها فى الحضانة أو سقوط حقها فى أجر الحضانة، بل تظل الحضانة قائمة مع تقاضيها أجر الحضانة رغم حدوث المخالفة، لأن عدم انتقال الحاضنة من مكان الحضانة ليس شرطا من شروط الحضانة، فقد وضع الفقهاء شروطا معينة للحضانة وليس من بين هذه الشروط اقامة الحضانة بالمحضون بمكان الحضانة وعدم انتقالها إلى بلد آخر، كما لم يرتبوا سقوط حقها فى الحضانة جزاء على انتقالها من مسكن الحضانة وانتقال الحاضنة إلى خارج مكان الحضانة ليس فيه ضياعا لحق الصغير، لأن عدم النقلة حق للأب ولذلك فهو يملك اسقاطه.

غير أنه يكون للأب أو أقرب عاصب منع الحاضنة من السفر بالمحضون أو ارجاع الصغير إلى بلد الحضانة[١]، وتكون وسيلته فى ذلك رفع دعوى بطلب ذلك أمام المحكمة الجزئية المختصة، ويكون الحكم من حيث تنفيذه داخلا تحت عموم نص المادة ٦٩ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠- وقبلها المادة ٣٤٩ من لائحة ترتيب المحاكم

---

(١) المستشار صلاح الدين زغو ص ٢٣٩ وما بعدها- الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٧٧٧- الجمالية الشرعية فى ١٩٣٧/٤/٥- المنشور بمجلة المحاماة الشرعية السنة الخامسة بالعددين الثالث والرابع ص ٣٦٤- أسيوط الجزئية الشرعية- المحاماة الشرعية- السنة ٢٠- الاعداد ٤-٦ ص٢٠٥ وما بعدها رقم ٤٣.

الشرعية الملغاة – وينفذ على الحاضنة قهرا وفى حالة الحكم بارجاع الصغير إلى بلد الحضانة ورجوع الحاضنة مع الصغير فانه يسلم لها لتحضنه فيه وان لم تعد يكون للأب حق استلامه حتى لايترك ضائعا كما أن له أن يطلب اسقاط أجرة الحضانة عنها لأن الحاضنة أصبحت بعد ذلك غير ممسكة للصغير ولا قائمة بالواجب عليها(١).

ونرى تفسير عبارة (حتى تتزوج) الواردة بالنص على ضوء المنصوص عليه فى مذهب الامام مالك باعتباره المصدر التشريعى للنص. والمنصوص عليه فى

---

(١) قارن طنطا الكلية فى الدعوى رقم ٢١٣ لسنة ١٩٣٥ كلى مستأنف بتاريخ ١٩٣٦/٦/١٣ فقد قضى بأن: «الظاهر من تتبع ما قرره الفقهاء من الأحكام فى باب الحضانة أنها أحكام عملية وضعت لتترتب عليها آثارها فى هذه الدنيا بمصلحة الولد فى الحال وليست أحكاما لتبين مايكون اثما فى الآخرة ومالا يكون – فكون الأم ليس لها إمساك الصغير اذا تزوجت الأجنبى لايقال أنها بذلك تكون آثمة فحسب ويكون الحكم كذلك فى الحاضنة التى ليس لها نقل الصغير من بلد الأب اذا نقلته وأصرت على أن لا تحضنه فى بلدِ أبيه أن ينزع الولد منها مادامت خارج بلد الأب فان عادت إلى حضانته فى بلد أبيه عاد إليها حقها فيه والقول بغير هذا يكون معناه أن ماوضع لمصلحة الصغير أو لمصلحة الأب تكون الحاضنة فى حل من تعطيله ويقف أمامها القاضى والأب مكتوفى اليد اذ لا يملكان إجبارها على الانتقال لأنه ليس لهما على نفسها سلطان.

وقد تكون ذات زوج يريد بقاءها حيث هى ولا يوجد مايمنع فاذا لم ينتزع الصغير منها مع هذا كان ذلك تعطيلا للحكم الذى يقول أنه شرع لمصلحة الصغير ولمصلحة الأب، واهدار لتلك المصلحة وينبغى تنزيه أحكام الشرائع عن مثل هذا».

والمنصوص عليه فى هذا المذهب أن حضانة النساء للبنت تنتهى بدخول الزوج بها (لا العقد عليه)، وعلى ذلك فانه يجوز للقاضى إبقاء الصغيرة فى يد الحاضنة حتى يدخل الزوج بها[١].

وواضح من المادة أن مناط ابقاء الصغير حتى بلوغه الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة، هو مصلحة الصغير أو الصغيرة فقط دون اعتبار لمصلحة الحاضنة، ولذلك نصت المادة على أن إبقاء المحضون فى يد الحاضنة بعد بلوغه أقصى سن حضانة النساء يكون بدون أجر حضانة لها، فبقاء المحضون فى يدها لم يشرع لصالحها.

ولم يعد مناط ابقاء الصغيرة فى يد الحاضنة بعد انتهاء أقصى سن الحضانة- كما كان الحال فى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قبل تعديله بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ [٢]- هو بلوغ البنت حد الشهوة لأن أقصى سن لبلوغ حد الشهوة قدره فقهاء الأحناف باحدى عشرة سنة، فضلا عن أن حكم المادة- كما صرحت الأعمال التحضيرية- قد أخذ من مذهب مالك، ولم يربط هذا المذهب سن الحضانة ببلوغ البنت حد الشهوة.

وهذا الحكم يسرى على الحاضنات من النساء، سواء كانت الحاضنة هى الأم أو غيرها، غير أنه لا يسرى اذا كان الحاضن فى المرحلة الأولى من

---

(١) حاشية الدسوقى جـ٢ ص٥٢٦- المدونة الكبرى جـ٥ ص٣٨.

(٢) ومن قبله أيضا القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته.

الحضانة رجلا، وهذا واضح من عبارة النص «... ويجوز للقاضى بعد هـذه السـن ابقـاء الصـغير حتى سن الخامسة عشـرة والصغيرة حتى تتزوج فى يـد الحاضنة...» فقد استعمل لفظ التأنيث.

٧٧- عدم استحقاق الحاضنة اجر حضانة فى مدة الحضانة الجوازية وتقاضيها نفقة الصغير:

أسلفنا أن ابقاء المحضون في يد الحاضنة فى فترة الحضانة الجوازية سالفة الذكر انما شرع لمصلحة الصغير لا الحاضنة، ولذلك نص الشارع على عدم استحقاقها أجر حضانة فى هذه الفترة.

غير أن لها الحق فى تقاضى نفقة المحضون الذاتية من طعام وكساء ومسكن غير ذلك من مصاريف تعليم وعلاج وما يقضى به العرف فى حدود يسار الأب أو من يقوم مقامه، باعتبار هذه النفقة حقا للصغير نفسه[١].

٧٨- امثلة لبعض الصور التي تتوافر فيها مصلحة المحضون فى ابقائه في يد حاضنته:

١ – أن تكون الحاضنة هى والدة المحضون، التى لم تتزوج بعد أبيه، أو تزوجت بذى رحم محرم من المحضون، وكان والده أو أقرب عاصب له متزوج بأجنبية عنه، أو غير متزوج أصلا، لأنه فى الحالة الأولى تكون رعاية أمه وحدبها وحنانها أصلح ولا شك للمحضون مما قد يلاقيه من بغض زوجة

---

(١) المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

أبيه أو أقرب عاصب له الأجنبية، وفى الحالة الثانية لن يجد المحضون اليد التى ترعاه وتعنى به، وهذا كله اذا لم يكن هناك مصلحة أخرى للمحضون فى ضمه الى أبيه أو أقرب عاصب له.

وعلى ذلك ليس تزوج الأب بغير أم المحضون مبررا بذاته فى ابقاء المحضون لدى حاضنته، بل المدار فى ذلك نفع المحضون.

٢- أن يكون المحضون مريضا بأحد الأمراض التى تجعله محتاجا الى خدمة النساء، كما لو كان مشلولا أو مقعدا أو مصابا بأعراض التبول اللاإرادى، أو مريضا باحد الأمراض التى تحتاج الى العطف والحنان، كالمرض النفسى.

أما اذا كان مريضا بأحد الأمراض التى لا تحتاج الى خدمة النساء، كما لو كان مريضا بأحد الأمراض المتوطنة كالبلهارسيا فان مرضه لا يبرر ابقاءه فى يد الحاضنة.

٣- أن يكون المحضون قد بلغ أقصى سن الحضانة معتوها أو مجنوناً لأن ذلك مما يحتاج الى خدمة ورعاية النساء فضلا عن أن العته والجنون نوع من المرض.

٤- أن يكون الأب أو أقرب عاصب له فى حالة عدم وجود الأب مقيما فى بلد أخرى لا يتلاءم جوها مع حالة المحضون الصحية، لأن اقامة المحضون معه تنطوى على اضرار به، ومدار الحضانة- كما أسلفنا- مصلحة المحضون.

وترتيبا على ذلك قضى بأن الصغير الذى تجاوز سن الحضانة ويضره جو

أسوان الحار لا يحكم بضمه الى أبيه الذى يقيم ويعمل فى أسوان لأن مراعاة مصلحة الصغير مقدمة على حق الأب شرعا (١).

٥- ضعف الصغير، والعلة فى ذلك أن هذا الضعف يجعله غير قادر على القيام بشئون نفسه التى تتولاها الحاضنة فيكون محتاجا لخدمة النساء وعطفهن، وهذا أمر لازم فى حياة الصغير الأولى اذ يكون فى هذه السن أميل الى الاستئناس بوالدته، لأنها أقدر على الصبر فى عمل ما يجبر ضعفه فيكون بذلك لحجر النساء أحوج ولخدمتهن مفتقر.

٦- أن تكون صحة أو سن أو عمل الأب أو أقرب عاصب للمحضون فى حالة عدم وجود الأب لا يمكنه من الاشراف على المحضون ورعاية شئونه، ومثل ذلك أن يكون الأب مريضا مقعدا أو طاعنا فى السن، أو يغيب فى عمله من الصباح الى المساء، ولا يوجد بالمسكن من يقوم برعاية المحضون.

٧٩- متى يطلب ابقاء المحضون فى يد حاضنته؟

يكون طلب ابقاء المحضون فى يد حاضنته، بعد بلوغ المحضون أقصى سن حضانة النساء لأن هذا الحق لم يعط للقاضى الا فى هذا الوقت، وقبله لا يكون المحضون قد استغنى بعد عن خدمة النساء، ويضحى ابداء هذا الطلب قبل بلوغ هذه السن سابقا لأوانه.

وطلب ابقاء المحضون فى يد الحاضنة، اما أن تطلبه الحاضنة بدعوى

---

(١) مصر الابتدائية الشرعية- المحاماة الشرعية- الاعداد ٤-٦ ص١٩٥.

مستقلة ترفع أمام المحكمة الجزئية المختصة تطلب فيها ابقاء الصغير فى حضانتها وعدم ضمه الى أبيه أو أقرب عاصب له، لوجود مصلحة المحضون فى ذلك.

واما أن تتمهل حتى يطلب الأب أو أقرب عاصب ضم المحضون اليه لبلوغه أقصى سن حضانة النساء، فتطلب رفض دعواه استنادا الى وجود مصلحة للمحضون فى ابقائه فى يدها، أو تبدى طلبا عارضا بالاجراءات المنصوص عليها فى المادة (١٢٣) من قانون المرافعات بابقاء المحضون فى يدها.

فاذا أثبتت الحاضنة مصلحة المحضون فى ابقائه فى يدها، حكم القاضى بابقائه فى يدها، أو برفض دعوى الضم بحسب الأحوال.

غير أنه لا يجوز للقاضى من تلقاء نفسه القضاء بابقاء المحضون فى يد حاضنته بعد انتهاء حضانة النساء، لا سيما وأن تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن الاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أفصح عن أن ما جاء به بشأن سن الحضانة يمنع الخلاف بين الأب والحاضنة على نزع الحضانة فى سن غير مناسبة للنكاية دون رعاية لصالح الصغار فاذا لم تطلب الحاضنة ابقاء الصغير فى يدها، فلا يضحى ثمة خلاف بينها وبين الأب أو أقرب عاصب على الحضانة [(١)].

---

(١) من هذا الرأى المستشار أحمد نصر الجندى ص٣٧٥- وقارن الأستاذ أشرف كمال ص٤٥٧ وما بعدها- فيذهب الى أن النص أعطى قاضى الموضوع =

وقد قضت محكمة بندر شبين الكوم الجزئية بتاريخ ١٩٨٨/٦/٢١ فى الدعوى رقم ٢١٠ لسنة ١٩٨٦ بأن:

«المقرر قانونا بالمادة ٢٠ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أن ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير.......... ذلك أن بقاء الصغير أو الصغيرة بعد سن الحضانة أمر جوازى للقاضى غير أن هذه الاجابة مقيدة بضوابط ثلاثة هى:

١- مصلحة الصغير أو الصغيرة بعد سن الحضانة.

٢- حق الحاضنة فى أن تتعهد الصغير فى فترة هى أرق به فيها وهو أحوج اليها.

٣- حق الأب وتبدأ حضانته حيث تنتهى حضانة النساء مطلقا وأن بقاء الصغير حتى الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة له شروط ثلاثة هى:

أ - أن تطلب الحاضنة من القاضى بقاء الصغير أو الصغيرة فى يدها.

ب- أن تثبت الحاضنة أمام القاضى أن مصلحة الصغير أو الصغيرة تقتضى ابقاءه فى يدها ويستقل قاضى الموضوع باستخلاص مصلحة الصغير فى ذلك من الأوراق.

جـ- أن يصدر... الخ».

= من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الحاضنة حق النظر فى تمديد زمن بقاء الصغير فى حضانة النساء بالنسبة للذكور الى خمسة عشر عاما والى أن تتزوج الصغيرة اذا رأى أن مصلحتها تقتضى ذلك... فهى سلطة اختيارية للقاضى ليس هناك ما يلزمه بها الا اذا كان لذلك سنده من أوراق الدعوى وعلى ذلك يمكن القول أنه ليس على القاضى أن يبحث من تلقاء نفسه فيما اذا كانت مصلحة الصغير تستلزم البقاء فى حضانة النساء الا اذا كانت الأوراق قد انطوت على ما يشير الى وجود هذه المصلحة أو أثير فى الدعوى ما يشير الى هذه المصلحة والا امتنع على القاضى البحث فى توافر تلك المصلحة.

٨٠- قضاء القاضى بشأن ابقاء المحضون فى يد الحاضنة:

أسلفنا أن الحاضنة اذا طلبت رفض دعوى الضم التى يقيمها الأب أو أقرب عاصب للمحضون فى حالة عدم وجود الأب، استنادا الى وجود مصلحة للمحضون فى ابقائه فى يدها، وقدمت للقاضى الدليل على ذلك فانه يقضى برفض دعوى الضم.

أما اذا أقامت دعوى بطلب ابقاء المحضون فى يدها، أو أبدت هذا الطلب فى صورة طلب عارض أثناء نظر دعوى الضم، وثبت للقاضى أن مصلحة المحضون فى ابقائه فى يد الحاضنة، فانه يقضى بابقاء المحضون فى يدها دون تحديد مدة معينة، أو لمدة معينة يرى أن بقاءه فيها فى حضانتها ما يحقق مصلحته، غير أنه لا يجوز له القضاء بابقاء المحضون فى حضانتها طوال المدة المقررة للحضانة الجوازية للنساء. وسند ذلك أن مصلحة المحضون هى الواجبة الاعتبار فى هذا المجال، وهذه المصلحة متغيرة، فقد تتطلب بقاءه فى يد الحاضنة فترة ثم لا تتطلب ذلك بعدها. والنص فى المادة (٢٠) من المرسوم بقانون على الاجازة للقاضى بابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة المقصود منه تعيين الحد الأقصى للمدة التى يجوز فيها ابقاء المحضون فى يد الحاضنة خلالها، وليس من المقصود ابقاء المحضون لدى الحاضنة خلال هذه الفترة بأسرها، يدل على ذلك أن مناط الابقاء- كما أسلفنا- مصلحة الصغير ولا يمكن عقلا الجزم مقدما بأن مصلحته تدعو لذلك خلال كل الفترة المحددة بالمادة، وكل ما يمكن للقاضى الجزم به حسب اعتقاده هو أن يبين أن المصلحة تقضى بذلك أولا تقضى عند القضاء فى الدعوى المطروحة أمامه، وعلى ذلك فالالتزام بالبقاء خلال كل المدة لدى الحاضنات من النساء بدعوى أن ذلك هو مصلحة المحضون يعتبر خروجا على النص وخطأ فى تطبيقه [١].

---

(١) الدكتور عبد العزيز عامر ص٣٤٢.

واذا حكم القاضى ببقاء المحضون تحت يد الحاضنة لمدة معينة أو أخطأ وحكم ببقائه طوال المدة فى يدها، فان ذلك لا يمنع من له حق الضم أن يطلبه فى كل وقت متى استغنى المحضون عن الحاضنة، لأن الأحكام الصادرة فى الحضانة ذات حجية مؤقتة فهى مما تقبل التغيير والتبديل بسبب تغير الظروف كما يرد عليها الاسقاط بسبب تغير دواعيها.

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بتاريخ ١٩٨٠/٤/٣٠ فى الطعن رقم ٦٩ لسنة ٤٩ق بأن:

«... وكان الأصل فى الأحكام الصادرة فى دعاوى الحضانة أنها ذات حجية مؤقتة لأنها مما تقبل التغيير والتبديل بسبب تغير الظروف كما يرد عليها الاسقاط بسبب تغير دواعيها، الا أن هذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعى الحضانة وظروف الحكم بها لم تتغير، والحكم الذى ينكر هذه الحجية يكون قد خالف القانون ويجوز الطعن فيه بالنقض عملا بالمادة ٢٤٩ من قانون المرافعات متى كان الحكم قد حاز قوة الأمر المقضى واذ كان ذلك وكان يبين من الحكم رقم ٦١٥ سنة ١٩٧٥س شمال القاهرة الابتدائية أن المطعون عليه أقام الدعوى ضد الطاعنة بطلب ضم الصغيرة اليه لبلوغها أقصى سن للحضانة وأنها استغنت عن خدمة النساء، وبتاريخ ١٩٧٥/١٢/١٠ قضى الحكم برفض الدعوى استنادا الى أنه ثبت من الكشوف الطبية أن الصغيرة مصابة بمرض التبول اللاارادى مما يجعلها فى حاجة لخدمة النساء، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه لم يستند فى قضائه الى سبب استجد بعد صدور ذلك الحكم، وانما استند الى مجرد اهداره الدليل الذى أقام الحكم السابق قضاءه عليه دون أن تتغير الدواعى والظروف التى أدت إلى اصداره فانه يكون قد ناقض قضاء الحكم السابق الذى صدر فى نزاع بين الخصوم أنفسهم وتعلق بذات الحق محلا وسببا وحاز قوة الأمر المقضى، وهو

ما يجيز الطعن فيه بالنقض رغم صدوره من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية عملا بالمادة ٢٤٩ من قانون المرافعات» .

٨١- هل يشترط للحكم بابقاء المحضون فى يد الحاضنة أن يكون لازال فى يدها؟

يستوى فى تطبيق المادة بابقاء المحضون فى يد الحاضنة فى الفترة الجوازية التى نصت عليها، أن يكون المحضون لا زال فى يدها أم كان فى يد الأب أو أقرب عاصب له، لأن المناط فى هذا الحكم هو مصلحة الصغير وغرض الشارع هو الاذن بوجود الصغير فى يد الحاضنة متى رأى مصلحته فى ذلك. وقد توجد مصلحة المحضون فى البقاء مع حاضنته بعد تسليمه الى أبيه أو أقرب عاصب له.

وعلى هذا الرأى سارت معظم الأحكام[١] .

(القاهرة الشرعية فى ١٩٣٧/٨/١٩- أسيوط الشرعية فى ١٩٤٤/١٠/١٩)[٢] .

٨٢- حدود حق الحاضنة:

يد الحاضنة على المحضون للحفظ والتربية، فهى تقوم بخدمته من ناحية نظافته وتغذيته ومشربه وملبسه ومنامته.

ووجود المحضون فى يدها لا يغل صاحب الولاية على نفس المحضون من القيام بمهام ولايته.

---

(١) الدكتور عبد العزيز عامر ص٣٤١- المستشار صلاح الدين زغو ص٢٤٩.

(٢) وقصرت قلة من المحاكم تطبيق النص فى الحالة التى يكون فيها المحضون مازال فى يد حاضنته، ولم يسلم الى أبيه أو الغير «مصر الابتدائية الشرعية ١٩٤٢/٥/٤».

فولى النفس له حق الاشراف على المحضون والعناية بحفظه وصونه ومنعه من التردى فيما يهلكه أو يؤذيه، وله عليه ولاية التربية والتعليم والتوجيه والتهذيب والتأديب، والمطالبة بكل الحقوق التى تتعلق بنفسه، ومعنى ذلك أن ولى النفس هو الذى يختار نوع التعليم الذى يوجه إليه المحضون.

واذا كان الولى المالى غير الولى على النفس فهو الذى يطالبه بفرض نفقة لائقة للمحضون ويقاضيه فى ذلك اذا لم يقدمها بالمعروف.

فاذا كان الولى (المالى) واجبه المحافظة على أمواله والمطالبة بحقوقه المالية فالولى على النفس هو الذى يحافظ على نفسه وله الحقوق المتعلقة بهذه المحافظة والمطالبة برد الاعتداء أمام القضاء.

غير أن الحاضنة باعتبارها صاحبة اليد على المحضون، فقد خول لها القيام بالأعمال الضرورية التى لا تحتمل التأخير كالعلاج والالحاق بالمدارس بمراعاة امكانات الأب، ولها مطالبته بمصاريف تعليمه لأنها من نفقة المحضون(١).

غير أنها اذا ألحقت المحضون باحدى المدارس الخاصة بمصروفات أو المدارس الأجنبية دون استئذان ولى النفس، كانت هى الملزمة بمصاريف تعليمه فيما يجاوز مصاريف التعليم الحكومى، الا اذا كانت حالة الأب المالية ووضعه الاجتماعى يسمحان بذلك فانه يلزم بنفقات تعليمه فى هذا النوع من التعليم(٢).

---

(١) الولاية على النفس- بحث للاستاذ محمد أبو زهرة- الحلقة الدراسية للبحوث والقانون- الخرطوم من ٥- ١٠ مارس ١٩٧٢- منشور ضمن بحوث هذه الحلقة فى كتاب نشرته الهيئة العامة للكتاب سنة ١٩٧٥ .ص٥٩٠ وما بعدها.

(٢) وقد جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ما يأتى:
«كما أن وجود الولد ذكرا كان أو أنثى فى يد الحاضنة سواء قبل بلوغهما سن العاشرة أو الثانية عشرة أو بعدها لا يغل يد والدهما عنهما ولا يحد من ولايته الشرعية عليهما فان عليه مراعاة أحوالهما وتدبير أمورهما وولايته عليهما كاملة وانما يد الحاضنة للحفظ والتربية ولها القيام بالضروريات التى لا تحتمل التأخير كالعلاج والالحاق بالمدارس بمراعاة امكانيات الأب» راجع أيضا تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن الاقتراح بمشروع القانون.

والولاية على النفس شرعا تكون للعصبات، وهم الأقارب الذين لا تتوسط بينهم أنثى- بحسب ترتيبهم فى الميراث.

أما فى مصر فقد جعل المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بتقرير حالات سلب الولاية على النفس، الولاية للأب والجد والأم والوصى وكل شخص ضم اليه الصغير بقرار أو حكم من جهة الاختصاص.

وقد قضت محكمة بركة السبع الجزئية بتاريخ ١٩٨٧/١٢/٢٢ فى الدعوى رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٧ بأن:

«كما أن وجود الولد ذكرا كان أم أنثى فى يد الحاضنة سواء قبل بلوغهما سن العاشرة أو الثانية عشرة أو بعدها لا يغل يد والدهما عنهما ولا يحد من ولايته الشرعية عليهما فان عليه مراعاة أحوالهما وتدبير أمورهما وولايته عليهما كاملة وانما يد الحاضنة للحفظ والتربية ولها القيام بالضروريات التى لا تحتمل التأخير كالعلاج والالحاق بالمدارس بمراعاة امكانات الأب».

٨٣- ضم المحضون لأبيه او لاقرب عاصب له بعد انتهاء مدة حضانة النساء:

اذا انتهت مدة حضانة النساء بأن بلغ الصغير سن العاشرة أو بلغت الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة، ولم يأذن القاضى بابقائهما فى يد الحاضنة، فان المحضون يضم لأبيه أو الى أقرب عاصب[1] له بالترتيب المذكور سلفا اذا كان

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بأن:**

«طلب ضم الصغير لبلوغه السن الذى يستغنى فيه عن خدمة النساء. الفقرة الأولى من المادة ٢٠من المرسوم سابق رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥. طلب جديد. اختلافه فى الموضوع عن طلب الضم المؤقت المنصوص عليه بالفقرة الثالثة من ذات المادة. أثر ذلك. عدم قبول =

الأب غير أهل لامساك الصغير أو اذا لم يكن موجودا، لأن الصغير فى هذه الفترة يحتاج الى تأديب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم والأب أقدر على التأديب والتعنيف، كما أن الصغيرة تحتاج الى التحصين والحفظ والأب فيه أقوى وأهدى.

أما اذا كان المحضون أنثى فانها لا تضم الى العاصب غير ذى الرحم المحرم كابن العم كما أوضحنا تفصيلا فى موضعه.

(راجع بندى ٤٠، ٥٣).

ولا خيار فى هذا للأب أو من يليه من العصبات، فاذا امتنع عن ضم المحضون أجبر على ذلك رعاية لمصلحة الصغير والصغيرة ولأن هذا حقهما الثابت لهما شرعا فلا يملك أحد تفويت حقهما واسقاطه [١].

ويجوز للحاضنة رفع دعوى أمام المحكمة الجزئية تطلب فيها الزام الأب أو أقرب عاصب- عند عدم وجود الأب- بضم المحضون اليه.

٨٤- لا خيار للصغير او الصغيرة فى ضمهما الى الاب او اقرب عاصب:

اذا انتهت حضانة النساء للصغير والصغيرة وجب ضمهما الى الأب أو أقرب عاصب على النحو الذى أوضحناه سلفا- ولا خيار فى ذلك- عند الأحناف- للصغير أو الصغيرة لأن قصور عقلهما يجعل اختيارهما لمن عنده اللعب، وقد صح أن الصحابة لم يخيروا [٢].

= هذا الطلب أمام محكمة الاستئناف. م٣٢١من مرسوم بق ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية».

(طعن رقم ٢١٥ لسنة ٦٣ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٤/٥/١٧).

(١) البحر الرائق جـ٤ ص١٧١- عمر عبد الله ص٦٢٣.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٥٦٧ وما بعدها

وفى هذا قضت محكمة بندر شبين الكوم الجزئية بتاريخ ١٩٨٨/٣/٢٩ فى الدعوى رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨٦ بأن:

«... لأن مدار الحضانة هو نفع الصغير فمتى تحقق وجب المصير اليه دون الأب أو الأم لأن أخذ الصغير بعد بلوغ السن القانونية للحضانة ليتخلق بأخلاق الرجال والتعود بعاداتهم أنفع وأجدى له كما أن نفع الأنثى أن يحافظ عليها عاصبها أبا أو غيره ويوجهها التوجيه الصحيح ويدفع عنها عبث العابثين خاصة وأنها فى هذه السن ليست لها خبرة بالحياة ولا بتقدير الأمور فى عصر عم فيه الفساد، ولذلك اذا تحقق للقاضى هذا النفع للصغير أو الصغيرة وجب أخذهما به والعمل على تحقيقه رضيت الحاضنة أم أبت رضى الصغير أم أبى وفقا لرأى الأحناف.. الخ».

٨٥- على من ترفع دعوى الضم؟

ترفع دعوى الضم من الأب أو أقرب عاصب للمحضون فى حالة عدم وجود الأب على من يبسط يده على الصغير، لالزامه بتسليمه.

أما إذا كان الصغير قد ثبتت له أهلية التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية ببلوغه الخامسة عشرة من العمر كاملة طبقا للتقويم الميلادى (م١/٢ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠)[١] ، فإنه يجب رفع الدعوى ضد الصغير ، لأن الصغير ببلوغه هذه السن يكون أهلا للتقاضى فيما يرفع منه أو

---

(١) وقبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ كانت سن المخاصمة القضائية الشرعية هى السن التى تثبت فيها الولاية على النفس للصغير . والولاية على النفس تثبت بالبلوغ، والبلوغ يتحقق للصغير بالاحتلام مع الإنزال أو الإحبال أو

عليه من الدعاوى ، وتستقيم الدعوى برفعها على الصغير وحده. إلا أنه من الأفضل اختصام من يبسط يده على الصغير بجانب الصغير لكى يكون الحكم الذى يصدر فى الدعوى حجة عليه .

والأثر المترتب على رفع الدعوى على الصغير الذى لم يبلغ هذه السن هو بطلان إجراءات الخصومة لأن الأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى إنما هى شرط لصحة إجراءاتها ، فإذا اختصم فى الدعوى من ليس أهلا للخصومة كانت دعواه مقبولة ولكن إجراءات الخصومة تكون باطلة[١] .

الإنزال لأى سبب ، وللصغير بالحيض أو الاحتلام مع الإنزال أو الحبل . والحد الأدنى للبلوغ اثنتا عشرة سنة للصغير وتسع سنين للصغيرة طبقا لرأى الصاحبين المفتى به فى المذهب الحنفى.

فإذا بلغا هذه السن وأقرا بالبلوغ صدقا ، مالم يكذبهما الظاهر، والظاهر يكذبهما إذا كان بحال لايحتلم مثلهما فيه. ويقبل القول مع تفسير كل منهما كيفية بلوغه دون يمين. فإذا لم يتحقق ذلك فإن بلوغهما يتحقق إذا أتما خمس عشرة سنة . ويحسب السن طبقا للتقويم الهجرى (راجع فى التفصيل الكتاب الأول بند ٥٨) - نقض ١٩٨٢/٢/١٦ منشور بذات البند).

(١) الدكتور رمزى سيف- الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية- الطبعة الثامنة ١٩٦٩/١٩٦٨ ص١٣٧ وما بعدها- عز الدين الدناصورى وحامد عكاز- التعليق على قانون المرافعات طبعة ثانية ١٩٨٢ ص١٦- نقض طعن رقم٥١٧س ٤٣ق- جلسة ١٩٧٧/٣/١٦- المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٥٣/٤/٢١ طعنان رقما ٥٩١، ٦١٣ لسنة ١٥ق.

وقد ذهب رأى بأن الدفع الناشئ عن رفع الدعوى من ناقص الأهلية أو عديمها هو دفع بعدم قبول الدعوى باعتبار أن الدعوى مرفوعة من غير ذى صفة استنادا إلى أن ناقص الأهلية أو فاقدها لاصفة له فى الذود عن حقه. وقد أخذت بهذا الرأى محكمة النقض فى بعض أحكامها (طعن رقم ٣٦٤ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٨/٣/٥- طعن رقم ١٧٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١١/٢٩- طعن رقم ٤٣٤ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٥/٥/٢٧).

والدفع بعدم تحقق أهلية التقاضى من الدفوع الشكلية المتعلقة بالاجراءات وليس من الدفوع الموضوعية باعتباره وسيلة موجهة الى الخصومة أو بعض اجراءاتها دون التعرض لذات الحق المدعى به أو المنازعة فيه[١]، وهو لا يتعلق بالنظام العام، فيجب الدفع به من الخصم ويصحح بنزوله عنه صراحة أو ضمنا.

كما يسقط بعدم التمسك به فى صحيفة الطعن عملا بنص المادة ١٠٨ مرافعات[٢].

وإذا تحققت أهلية التقاضى قبل اقفال باب المرافعة فى الدعوى صحت الاجراءات ويتعين على المحكمة الاستمرار فى نظر الدعوى دون استلزم تكليف الخصم اعلان طلباته الى خصمه مجددا، أما اذا أبدى الدفع أمام محكمة ثانى درجة وتبين عدم تحقق أهلية التقاضى وقت رفع الدعوى أمام محكمة أول وثانى درجة تعين على المحكمة القضاء بالغاء الحكم الصادر من محكمة أول درجة والحكم ببطلان اجراءات الدعوى المستأنف حكمها والوقوف عند هذا الحد دون التعرض للفصل فى الدعوى، أما اذا لم يكن الصغير قد تحققت له أهلية التقاضى وقت رفع الدعوى أمام محكمة أول درجة وأبدى الدفع أمام محكمة ثانى درجة ثم دخل الصغير الى السن قبل

---

(١) نقض طعن ٥١٧ س ٤٣ق- جلسة ١٩٧٧/٣/١٦- طعن رقم ٨٣٤ لسنة ٥٣ق- جلسة ١٩٨٧/١/١٣- أشار اليه أشرف كمال ص٤٧٦.

(٢) نقض - طعن رقم ٣١١ لسنة ٢٣ق- جلسة ١٩٥٧/٣/٧.

اقفال باب المرافعة أمامها فلا يجوز اختصام الصغير فى الدعوى أمام محكمة ثانى درجة على اعتبار أن ذلك ينطوى على تفويت درجة من درجات التقاضى ويتعين أن تحكم المحكمة أيضا بالغاء الحكم المطعون عليه وبطلان اجراءات الخصومة أمام محكمة أول درجة والوقوف عند هذا الحد للعلة المتقدمة[1].

حكم الصغير والصغيرة بعد البلوغ:

٨٦- (أ) حكم الصغير بعد البلوغ:

إذا بلغ الصغير رشيدا مأمونا على نفسه، كان له الخيار فى أن يقيم مع أبيه أو مع أمه، أو ينفرد بالسكنى، وليس للأب ضمه الى نفسه جبرا عنه[2].

أما اذا بلغ فاسدا غير مأمون على نفسه بأن كان يصاحب الأشرار أو تعود أخلاقا فاسدة يحتاج الى تقويمه فيها، فللأب ضمه جبرا عنه[3].

ومرد ذلك أن الأب يعير بابنه إذا كان فاسداً فكان له الضم ليستطيع دفع الفتنة أو العار عن نفسه، وليتمكن من تأديبه اذا وقع منه ما يدعو لذلك والضم إلى النفس هنا نظير الحكم بالنسبة لمال الغلام، فانه إذا بلغ رشيدا لا يكون

(١) الأستاذ أشرف كمال ص٤٦٢.

(٢) راجع فى البلوغ بند (٤٤).

(٣) الاستاذ محمد أبو زهرة فى بحثه (الولاية على النفس) ص٥٩٠ وما بعدها.

للأب يد فى ماله، وكذا فى نفسه واذا بلغ مبذرا فللأب ولاية حفظ ماله فكذا له أن يضمه الى نفسه، تحصيلا للأغراض المتقدمة[١].

والظاهر فى هذا المجال أن الجد وغيره من العصبات يأخذون حكم الأب[٢].

ويبقى الصغير تحت يد الأب أو غيره من العصبات حتى يستقيم أو يكون اليأس من صلاحه فيترك حبله على غاربه.

والغلام اذا كان أمرد صبيح الوجه فانه يعتبر غير مأمون على نفسه، ويجب ضمه الى الأب أو غيره من العصبات فى حالة عدم وجوده.

وفى هذا قضت محكمة جرجا الشرعية بتاريخ ١٩٣٦/٦/٨ فى الدعوى رقم ١١١٩ لسنة ١٩٣٥ بأن[٣]:

«ومن حيث أن المنصوص عليه شرعا أن وقت حضانة العصبات من وقت الاستغناء فى الغلام الى وقت البلوغ وتزول بوجوده، وأن الصبى اذا بلغ حكم

---

(١) التنوير والدر وحاشية ابن عابدين جـ٣ ص٥٦٨- الدكتور عبد العزيز عامر ص٣١٦.

(٢) فقد جاء بحاشية ابن عابدين جـ٣ ص٥٦٨:
«قوله فله ضمه أى للأب ولاية ضمه اليه. والظاهر أن الجد كذلك بل غيره من العصبات كالأخ والعم، ولم أر من صرح بذلك، ولعلهم اعتمدوا عن أن الحاكم لا يمكنه من المعاصى، وهذا فى زماننا غير واقع فيتعين الافتاء بولاية ضمه لكل من يؤتمن عليه من أقاربه ويقدر على حفظه، فإن دفع المنكر واجب على كل من قدر عليه لاسيما من يلحقه عاره، وذلك أيضا من أعظم صلة الرحم، والشرع أمر بصلتها وبدفع المنكر ما أمكن. قال تعالى: إن الله يأمر بالعدل والاحسان وإيتاء ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلكم تذكرون... الخ».

(٣) منشور بمؤلف المستشار أحمد نصر الجندى - مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية ص٧١٧ وما بعدها.

الشرع بتوجيه الخطاب اليه، وأن الغلام اذا بلغ رشيدا وعقل واستغنى برأيه، كان له أن يستقل بنفسه، الا اذا كان غير مأمون عليها بأن كان أمرد صبيح الوجه، فان كان كذلك فلكل من يؤتمن عليه من العصبات، ويقدر على حفظه ضمه إليه ليدفع فتنة أو عاراً جبراً عنه لمراعاة جانبه. ولا خيار للغلام فى هذه الحالة فلا يخلى سبيله، بل يقوم عليه وليه من جانبه بما وجب عليه شرعاً من تربية وتعليم وصيانة وتأديب وتهذيب، وكل ما فيه النفع له، حتى يوصله إلى حالته التى تكفل له الظفر فى معترك الحياة. وتمكنه من تأليف أسرة منظمة، ويبتعد به عما يلحقه من الضرر، حتى لا ينشأ خملاً ميالاً إلى اللذة الحاضرة، لا يفكر فى المستقبل فيختار الفراغ والكسل، ويهرب من التعليم والعمل، ويترك آداب النفس، وتعليم الدين ويعتاد الاهمال وترك الآداب فيكون موضع المطامع، ولا يؤمن عليه الخروج ولوليه تأديبه إذا وقع منه ما يخالف الشرع، فإن دفع المنكر واجب على من قدر عليه، ولاسيما من يلحقه عاره، وذلك من أعظم صلة الرحم، والشرع أمر بصلتها وبدفع المنكر ما أمكن، ونص على ذلك فى الجزء الثانى من أشباه ومحشيه، وفى الجزء الأول من الفتاوى الهندية ص٣٧، ٢١٣، وفى الجزء الرابع من البدائع ص٣٢، ٤٤ وفى الجزء الثانى من الدر المختار ص٦٥١، ٦٥٨، ٦٥٩، لذلك كان بلوغ الغلام خمس عشرة سنة لا يقتضى اهدار كل اعتبار سواه، بل يجب مع ذلك التثبت من صلاحيته لمباشرة شئونه بنفسه والمحافظة على كيانه، فيبقى فى حيازة وليه حتى تظهر عليه علائم الرشد والسداد. ولذلك قد منع ماله حتى يؤنس رشده وكان المال دون النفس لأنه إذا كان لا يباح له التصرف فيما قيمته دراهم محدودة مع أن الضرر محدود، فعدم التصرف له فى شئون نفسه عند عدم الأمانة عليها أولى وأجدر.

ومن المصلحة الظاهرة أن يقوم عليه وليه فى هذه الحالة إذ أن ترك هذا الغلام الموصوف بما ذكر المحجور عليه فى المال، والقاء حبله على غاربه

خصوصاً فى هذا الزمان الذى كثرت شروره، وتنوعت مضراته، وعمت بلياته، عرضة لأن يسبح فى بحار الاغراء والغرور ويتيه فى ميدان الفساد والشرور، تهاجمه المفاسد وتتقاذفه الأهواء، وتتجاذبه الأخطار يرعى على هذا المرعى الوبيل، ويصد عن سوء السبيل ويستولى على نفسه الفتور والكسل، تحت تأثير النفس الأمارة بالسوء، وانحطاط الأخلاق مع الثروة والشباب والفراغ، وهو فى دور التعليم الابتدائى لم يتعلم كلمة فى أمور دينه ولم يعرف قراءة لغة وكتابتها ولم يؤنس رشده تنبو عنه الشريعة ويأباه العقل وينفر منه الطبع».

والواضح أن ضم الغلام الذى بلغ فاسداً غير مأمون على نفسه إلى أبيه أو أقرب عاصب له إذا كان الأب غير موجود أو كان غير أهل للضم، مبناه أن هؤلاء هم أصحاب الولاية على نفس الصغير، فالشارع جعل الضم حقاً لمن له الولاية على نفس الصغير ، ليقوم برعايته ومراقبته وتقويمه[١] .

وضم الغلام فى هذه الحالة حق خالص للأب أو غيره من العصبات وله التنازل عنه، ولا يجبر على ضمه، وذلك على خلاف ضم الصغير بعد انتهاء فترة حضانة النساء[٢] .

٨٧- (ب) حكم الصغيرة بعد البلوغ:

إذا تعلق الأمر ببنت بالغة فقد تكون البنت بكراً أو ثيباً.

١ - إذا كانت البنت بكراً:

إذا كانت البنت البالغة بكراً، فإنها تضم شرعاً إلى الأب أو من يليه من العصبات إذا كان الأب غير موجود أو غير أهل للضم، إذا كانت شابة لم

---

(١) الاستاذ محمد أبو زهرة فى بحثه الولاية على النفس ص٥٩٠ وما بعدها.

(٢) امبابة الجزئية الشرعية فى ١٩٤٦/٢/٢٠ الدعوى رقم ٣٩٥ لسنة ١٩٤٣.

تدخل فى السن ولو كان لا يخاف عليها الفساد، ولا خيار لها فى ذلك. غير أنها لا تضم إلى العاصب غير المحرم كابن العم على النحو الذى أوضحناه تفصيلاً فى الحضانة.

وعلة ضمها فى هذه المرحلة أنها تكون فيها مطمعاً لكل طامع ولم تختبر الرجال أو تكون حديثة العهد بهم، فلا تعرف حيلهم وهذا يجعلها سريعة الانخداع فخوفاً من ذلك يكون ضمها إلى العاصب واجباً ليعصمها من السقوط بما له من تجربة[1].

أما إذا دخلت البنت البالغة البكر فى السن وعنست[2] واجتمع لها تبعاً لذلك رأى وتدبير بزيادة التجربة، فأصبحت لا تحتاج إلى من يجنبها الأخطار

---

(١) البحر الرائق جـ٤ ص١٧١ - بدائع الصنائع جـ٤ ص٤٣.

(٢) وقد جاء بالتنوير وشرحه الدر المختار ص٥٦٨: «وأفاده بقوله بلغت الجارية مبلغ النساء أن بكراً ضمها الأب إلى نفسه إلا إذا دخلت فى السن واجتمع لها رأى فتسكن حيث أحبت حيث لا خوف عليها» - وقد علق ابن عابدين على عبارة إلا إذا دخلت فى السن بقوله: عبارة الوجيز مختصر المحيط إلا إذا كانت مسنة ولها رأى. وكفاية المتحفظ وفقه اللغة: من رأى البياض فهو اشيب وأشمط ثم شيخ، فإذا ارتفع عن ذلك فهو مسن» - حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٥٦٨، وقد ذكر الدكتور عبدالعزيز عامر فى مؤلفه الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية ص٣٢٣ هامش (٣) أنه جاء فى تبيين الحقائق شرح الكنز للزيلعى ما قد يشعر أن الحكم فى المسنة البكر غير ذلك، فقد نص فيه بصفحة ٥٠ جزء ٣ على ما يأتى: «البكر إذا طعنت فى السن، فان كان لها عقل ورأى ويؤمن عليها من الفساد، فليس لغير الأب والجد أن يضمها إليه»، ويستفاد من هذا النص أن للأب والجد ولاية ضم البكر المسنة المأمونة على نفسها، وهذا يخالف المنصوص عليه فى الدر المختار وحاشية ابن عابدين، وقد سبق ايراده. لكنى أرى أنه لا تعارض بين هذه النصوص، لأن الوارد فى حاشية ابن عابدين هو أن البنت إذا كانت مسنة تسكن حيث أحبت. والوارد فى شرح الزيلعى على الكنز تعبير «إذا طعنت فى السن» =

التى تتعرض فيها كرامتها وكرامة أسرتها للهوان، فانها لا تضم إلى الأب جبراً عنها، ولها أن تنفرد بالسكنى.

وقاس بعض الفقهاء المحدثين - بحق - على البنت البالغة البكر التى دخلت فى السن، البنت البكر البالغة التى تبلغ من المنزلة العلمية والعملية ما تستطيع بها أن تصون نفسها وتحميها من غير معونة وليها إذ تكون فى هذه الحالة مأمونة على نفسها، فيمتنع ضم البنت البالغة العاملة التى تكون قد بلغت سن النضج إلا إذا ثبت فعلاً أنها قد زلت أو صارت عرضة للزلل[١].

= وليس معنى هذا أن تكون مسنة لكن يمكن القول أن البنت البكر الشابة كلما كبرت تصدق عليها أنها دخلت فى السن، فإذا رأت البياض يمكن أن يقال أنها دخلت فى السن. وإذا زاد البياض وتقدمت بها السن فدخلت فى الشيخوخة، تكون دخلت فى السن أيضاً وفى هذه الفروض لا تسكن حيث أحبت، إذ سكناها حسب رغبتها لا تكون إلا إذا كانت مسنة، وتقدم تعريف هذه الكلمة».

وقد افتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩١٩/٧/٢٨ بأن:

«اطلعنا على هذا السؤال ونفيد أن المنصوص عليه شرعاً إن بلغت الأنثى تكون ثيباً وإما أن تكون بكراً فان كانت ثيباً فحكمها حكم الغلام وهو أنه الأول فلا خيار له بل يبقى عند الأب وإن كان الثانى خير فى الاقامة فكذلك الثيب البالغة. وان كانت بكراً فاما أن تكون مأمونة على نفسها أو لا فإن لم تكن مأمونة على نفسها فلا خيار لها بل تلزم بالاقامة عند الأب إن كان موجوداً فإن لم يكن فعند الجد فان لم يكن فعند العصبات بالترتيب الأقرب فالأقرب إذا كانوا مأمونين عليها وان كانت مأمونة على نفسها فما دامت شابة صالحة للرجال فلا تخير أيضاً بل تلزم بالمقام عند الأب فان لم يكن فعند الجد فان لم يكن فعند العصبات بالترتيب الأقرب فالأقرب وأما إذا صارت مسنة بأن صارت عجوزاً شوهاء كما يظهر من كلامهم ومن تعريف المسن فى كتب اللغة وكانت عنيفة فلا تجبر على الاقامة عند أحد بل يتبع رأيها ومن ذلك يعلم الجواب فى هذه الحادثة».

(١) الأستاذ محمد أبو زهرة فى بحثه الولاية على النفس ص٥٩٠ وما بعدها.

ومناط الحق فى الضم ألا تكون البنت قد تزوجت، فان تزوجت بطل حق الأب وغيره من العصبات فى طلب ضمها إليهم لأنها بمجرد العقد عليها يجب أن تكون فى طاعة زوجها ولو لم يدخل بها إذ لو بقى الحق للعصبات فى ضمها إليهم مع تزوجها لأدى ذلك إلى ابطال حق الزوج فى طاعتها له وإلى انعدام أثر الزوجية(١).

٢- إذا كانت البنت ثيبا:

إذا كانت البنت البالغة ثيباً، فان كانت مأمونة على نفسها فلا تضم إلى الأب، لأنها تكون قد اختبرت الرجال وعرفت حيلهم فأصبحت بذلك فى مأمن من السقوط فى شراكهم.

وان لم تكن الثيب مأمونة على نفسها ويخاف عليها فتضم إلى الأب جبراً عنها، للعلة التى ذكرت فى حق الغلام وهى دفع العار والفتنة والتأديب ان وجد له مقتض.

ويأخذ حكم الأب عند عدم وجوده أو إذا كان غير أهل للضم الجد وغيره من العصبات.

غير أنه يجب على المحكمة أن تستبين صالح البنت البالغة فى الضم إلى الأب فإن ظهر أنه لا صالح لها فى ذلك وأن ضمها إلى العاصب ضرر عليها أو أنه كان لمجرد رغبته فى التوصل إلى ابطال نفقتها وليس لرغبته فى الاشراف عليها وصون كرامتها، تعين عليها رفض دعوى الضم.

---

(١) الخليفة الجزئية الشرعية بتاريخ ١٩٤٥/٢/١٠ - الدعوى رقم ٣٧٢ لسنة ١٩٣٤.

وبالترتيب على ذلك قضت محكمة الجمالية الشرعية بتاريخ ١٩٢٩/١٠/٢ فى الدعوى رقم ١٦٢٧ لسنة ١٩٢٨ بأن:

«.. ومن حيث أنه يلاحظ على المدعى أنه فى كل هذه الأدوار لم يتحرك لرفع دعوى على ابنته المدعى عليها بطلب ضمها إليه إلا بعد أن قاضته بأجرة السكن الصحى وما يلزمها من الخدم، والمحكمة تستنتج من ذلك أن المدعى لم يرفع هذه الدعوى إلا ليتوصل فقط إلى ابطال أجرة السكن، أما المحافظة عليها والعناية بها والاشراف على سيرها وسلوكها وصون عرضها وكرامتها فهذا كله لا يعنيه ولا تتجه نفسه إليه، إذ المقطوع به أن المدعى عليها كبيرة وقد بلغت مبلغ النساء من زمن بعيد فكان الواجب على المدعى أن يتخذ جميع الوسائل المشروعة لضمها إليه فان أعوزته الطرق الودية فأمامه القضاء الذى يلزمها بالاقامة معه جبراً ولكنه لم يفعل ذلك بل تركها تقاضيه بالنفقة من نحو سنتين وهى بعيدة عنه..... وأنه لذلك تكون دعواه على غير أساس متعين رفضها».

كما قضى بأن الأخ لا يجاب إلى طلب ضم أخته لأبيه متى ظهرت كيديته إذ ثبت أنها ناظرة لاحدى مدارس البنات وهى بحكم تلك الوظيفة قائمة بتعليم البنت وتربية الناشئات وتقويم الأخلاق مما يدل على سلامة أخلاقها وبعدها عما يشين[1].

٨٨- جواز ندب المحكمة أخصائي اجتماعي او أكثر :

راجع الكتاب الثانى بند (٢٤).

٨٩- وجوب عرض المحكمة الصلح علي الخصوم :

راجع الكتاب الثانى بند (٢٤ وبنود ٣٩ وما بعده).

---

(١) السيدة الشرعية فى ١٩٣٤/٧/٣٠.

٩٠- تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه جبرا :

تنص المادة ٦٦ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن :

« يجوز تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه وتسليمه جبرا.

ويتبع فى تنفيذ الأحكام الصادرة فى هذا الشأن ما ينص عليه القانون من إجراءات.

ويراعى فى جميع الأحوال أن تتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفق ما يأمربه قاضى التنفيذ .

ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذى كلما اقتضى الحال ذلك» .

وعلى ذلك يجوز تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه إلى أقرب عاصب له بالقوة الجبرية .

ونحيل فى التفصيلات إلى بند (٦٥)

٩١- إجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير :

(راجع بند ٦٦)

جريمة عدم تسليم الصغير لمن له الحق في طلبه :

٩٢- النص القانوني :

مادة ٢٨٤ عقوبات : « يعاقب بالحبس أوبغرامة لاتزيد على خمسمائة جنيه مصرى كل من كان متكفلا بطفل وطلبه منه له حق طلبه ولم يسلمه إليه»

مادة ٢٩٢ عقوبات: «يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه مصرى أى الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده إلى من له الحق فى طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه. وكذلك أى الوالدين أو الجدين خطفه بنفسه أو بواسطة غيره ممن لهم بمقتضى قرار من جهة القضاء حق حضانته أو حفظه ولو كان ذلك بغير تحايل أو اكراه».

٩٣- احكام المادتين سالفتى الذكر:

١- كان الحد الأقصى لعقوبة الغرامة فى المادتين ٢٨٤، ٢٩٢ خمسين جنيهاً فرفع إلى خمسمائة جنيه بموجب القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ الصادر فى ١٩٨٢/٤/١٤ والمعمول به من اليوم التالى لتاريخ نشره بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٨٢/٤/٢٢ (م٧ من قانون الاصدار).

٢- تسرى المادة ٢٨٤ على أى شخص يكون متكفلاً بطفل سواء من الأقارب أم الغير، عدا الوالدين والجدين.

أما الوالدان والجدان فيخضعان لحكم المادة ٢٩٢.

ولم يكن لنص المادة ٢٩٢ مقابل بقانون العقوبات الملغى عند صدوره، ولذلك جرى القضاء على تطبيق المادة (٢٤٦) المقابلة للمادة (٢٨٤) على أى الوالدين يمتنع عن تسليم الطفل لمن له الحق فى استلامه.

(نقض ٢٧ يناير سنة ١٩١٣ - ٢ يناير سنة ١٩٣٠[١]

وقد صرحت محكمة النقض فى حكم أصدرته فى الطعن رقم ٦٦ لسنة ٤٧ بتاريخ ٢ يناير سنة ١٩٣٠ بضرورة تعديل المادة (٢٤٦) المقابلة للمادة (٢٨٤) على وجه يسمح صراحة بمعاقبة أى الوالدين يخطف

(١) مشار إليهما فى عماد المراجع للأستاذ عباس فضلى طبعة ١٩٣٨ ص٥٧٤ وما بعدها.

الطفـل أو يحرض على خطفه أو يمتنع عن تسليمه لمن له الحق فى تسلمه قانوناً، وقالت أنه لا جريمة إلا فى حالة امتناع أى الوالدين عن رد الطفل لمن كان منهما صاحب الحق فى استلامه، وأن التعديل يحسم ما قام بشأن تطبيق المادة ٢٨٤ عـقـوبات على الوالدين من نزاع ويسـد ثغـرة تتطلب الحـالة الاجتماعية سدها على وجه أكيد لا يتطرق إليه الخلاف ولا يدعو القضاة إلى الاجتهاد فيه بالرأى.

(نقض ١٩٣٠/٤/١٠ - ٣ مارس سنة ١٩٣٤)[(١)]

وقد استجاب المشرع لذلك وأصدر القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٣٢ (باضافة مادة إلى قانون العقوبات الأهلى بشأن عدم تسليم الأطفال وخطفهم) ونص فى مادته الأولى على أن يضاف إلى قانون العقوبات الأهلى بعد المادة ٢٥٣ مادة تكون المادة ٢٥٣ مكررة ونصها كالآتى:

(مادة ٢٥٣ مكررة) - «يعاقب بالحبس مادة لا تتجاوز سنة أو بغرامة لا تزيد على خمسين جنيهاً مصرياً أى الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده إلى من له الحق فى طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه. وكذلك أى الوالدين أو الجدين خطفه بنفسه أو بواسطة غيره ممن لهم بمقتضى قرار من جهة القضاء حق حضانته أو حفظه ولو كان ذلك بغير تحايل أو اكراه».

وقد عمل بهذا النص من تاريخ نشره بالوقائع المصرية بتاريخ ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ - العدد (٤٦) (م٢).

٣- المقصود بالصغير فى تطبيق المادتين هو من لم يبلغ من العمر خمس عشرة سنة هجرية أقصى سن البلوغ وثبوت الولاية على النفس[(٢)].

---

(١) الاستاذ عماد فضلى ص٤٨٤ وما بعدها.

(٢) راجع عباس فضلى ص٥٧٤ - حسن المرصفاوى ص٩٥٧ وحكم محكمة بنى سويف فى ١٩١١/١٠/٢٩ المشار إليه بهما.

٤- اختلفت أحكام محكمة النقض فى اشتراط صدور حكم بتسليم الصغير لتطبيق نص المادة ٢٨٤ عقوبات، فذهبت فى قضاء لها أنه لا يمنع من تطبيق المادة كون من طلب التسليم ليس بيده حكم شرعى بتسليم هذا الولد، بل يكفى أن يكون له هذا الحق شرعاً.

(نقض ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٩)(١)

ثم اشترطت فى أحكام أخرى سابقة على الحكم المذكور ولاحقه له صدور حم بالتسليم فقضت **بتاريخ ١٩٢٣/٥/١ فى الطعن رقم ١١١٧ لسنة ٥٣ بأن:**

«إذا أنكر المتهم بالجريمة المنصوص عليها فى المادة ٢٤٦ ع صدور حكم بالحضانة فيجب أن يشير الحكم القاضى بمعاقبته على هذه الجريمة إلى أن هناك حكماً قاضياً بضم الطفل إلى حاضنه فإذا هو سكت عن تجلية هذه النقطة الجوهرية ففى سكوته اخلال بحق الدفاع فضلاً عما يترتب عليه من تعطيل حق محكمة النقض فى مراقبة صحة تطبيق القانون على الواقعة وذلك مما يعيبه ويبطله»(٢).

والقضاء الأخير هو الذى نؤيده.

٥- يشترط لتطبيق المادة ٢٩٢ عقوبات وجود حكم نهائى بتسليم الصغير صادر ضد المتهم الممتنع على تسليم الصغير وذلك لأن الحكمة من هذه المادة ضمان تنفيذ الأحكام المذكورة بالزام من صدرت ضده احترامها وحمله على الرضوخ لها نظراً لمصلحة الصغير(٣).

---

(١) أورده عباس فضلى ص٥٧٥.

(٢) راجع أيضاً نقض ١٩١٣/١/٢٧، ١٩٢٩/١١/٧ - مشار إليهما فى مؤلف عباس فضلى ص٥٧٤ وما بعدها.

(٣) الأستاذ أحمد صبرى أسعد - قانون العقوبات المصرى معلقاً على نصوصه ومذيلاً بأحكام محكمة النقض طبعة ثانية ١٩٦٤ ص٤٩٢.

وتطبق المادة أيضاً إذا كان الحكم نافذاً بقوة القانون ولو كان مطعوناً عليه.

وإذا وجد حكم نهائى بتسليم الصغير وأقام المحكوم عليه اشكالاً فى التنفيذ فإن هذا الاشكال يوقف التنفيذ عملاً بالمادة ٣١٢ مرافعات ومن ثم يتعين على النيابة التريث فى رفع الدعوى الجنائية قبل المتهم حتى يفصل فى اشكاله.

وقد قضت محكمة النقض - *الدائرة الجنائية* - بتاريخ ١٩٧٩/١/٤ فى *الطعن* رقم ٨٢٢ لسنة ٤٩ق بأن:

«... وكان من المقرر أن المحكمة غير ملزمة بالرد على الدفاع ظاهر البطلان والبعيد عن محجة الصواب كما أنها لا تلتزم بالرد صراحاً على أوجه الدفاع الموضوعية لأن الرد عليه مستفاد من الحكم بالادانة استناداً إلى أدلة الثبوت التى أخذ بها، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه نقل عن مستندات المجنى عليها - التى لا يجادل الطاعن فى صحتها - أن حكم ضم الصغيرين الصادر لصالح المجنى عليها فى الدعوى رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٥ أحوال شخصية بندر المنصورة قد تأيد استئنافياً بالحكم الصادر فى الدعوى رقم ٢٩٦ لسنة ١٩٧٥ أحوال شخصية مستأنف المنصورة، وكان باقى ما أثاره الطاعن من منازعة حول أحقية المجنى عليها فى حضانة ولديها الصغيرين لا يكون له محل بعد أن صدر فى هذا الشأن حكم نهائى من جهة القضاء المختص حسم هذا الأمر لصالحها، ومن ثم فلا تثريب على الحكم المطعون فيه إن هو سكت عن هذا الدفاع - ايراداً له ورداً عليه - مما يفيد أن المحكمة لم ترفيه ما يغير من اقتناعها بما قضت به وما اطمأنت إليه مما أوردته من أدلة الثبوت فى الدعوى، ويكون منعى الطاعن فى هذا الخصوص غير سديد... الخ».

٦- لا تطبق المادة ٢٩٢ فى حالة الامتناع عن تسليم الصغير لرؤيته تنفيذاً لحكم نهائى صادر بالرؤية، فهى قاصرة على الامتناع عن تسليم الصغير لمن له الحق فى حضانته أو حفظه من الوالدين أو الجدين، والحضانة تكون للوالدة أو الجدة والحفظ يكون للأب أو الجد.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«... لما كان ذلك. وكانت الفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ من قانون العقوبات قد جرى نصها بأن: «يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة أو بغرامة لا تزيد على خمسين جنيهاً مصرياً أى الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده إلى من له الحق فى طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه» فان مناط تطبيق هذا النص أن يكون قد صدر قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه وامتنع أى الوالدين أو الجدين عن تسليمه إلى من له الحق فى طلبه بناء على هذا القرار لما كان ذلك، وكان كل من حق الحضانة أو الحفظ، يختلف عن حق الرؤية سواء أكان رؤية الأب ولده وهو فى حضانة النساء أم رؤية الأم ولدها إذا كان مع أبيه أو مع غيره من العصبات، وكان من المقرر أنه لا عقوبة إلا بنص يعرف الفعل المعاقب عليه ويبين العقوبة الموضوعة له مما مقتضاه عدم التوسع فى تفسير نصوص القانون الجنائى وعدم الأخذ فيه بطريق القياس والأخذ- فى حالة الشك- بالتفسير الأصلح للمتهم. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد دان المطعون ضده بتهمة أنه لم يسلم ابنته لوالدتها لرؤيتها تطبيقاً منه للفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ من قانون العقوبات مع صراحة نصها ووضوح عبارتها فى كونها مقصورة على حالة صدور قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه بما لا يصح معه الانحراف عنها بطريق التفسير أو التأويل إلى شمول حالة الرؤية، فان الحكم يكون قد أخطأ

في تطـبيق القانـون وفي تأويله بما يوجب نقضه والحكم ببراءة المطعون ضده مما أسند إليه» .

(طعن رقم ١٥١ لسنة ٤٢ق- جلسة ١٩٧٢/٣/٢٧)

٧- الجريمة المنصوص عليها في المادتين تعتبر من قبيل الجرائم المستمرة استمراراً متتابعاً أو متجدداً بمعنى أن الأمر المعاقب عليه يتوقف استمراره على تدخل إرادة الجاني تدخلاً متتابعاً أو متجدداً بخلاف الجريمة المستمرة استمراراً ثابتاً، فإن الأمر المعاقب عليه فيها يبقى ويستمر بغير حاجة إلى تدخل جديد من جانب الجاني، كبناء جدار خارج خط التنظيم مثلاً والمتفق عليه أنه في حالة الجريمة المستمرة استمراراً ثابتاً يكون الحكم على الجاني من أجل هذه الجريمة مانعا من تجديد محاكمته عليها مهما طال زمن استمرارها فإذا رفعت عليه الدعوى العمومية مرة ثانية من أجل هذه الجريمة جاز له التمسك بقوة الشئ المحكوم فيه.

أما في حالة الجريمة المستمرة استمرارا متتابعا فمحاكمة الجاني لا تكون إلا عن الأفعال أو الحالة الجنائية السابقة على رفع الدعوى. وفيما يتعلق بالمستقبل فتجدد ارادة الجاني في استمرار الحالة الجنائية يكون جريمة جديدة تصح محاكمته من أجلها مرة أخرى، ولا يجوز له التمسك عند المحاكمة الثانية بسبق الحكم عليه.

(نقض جنائي ٧مايو سنة ١٩٣١)[١]

٨- يعاقب أي الوالدين أو الجدين خطف بنفسه أو بواسطة غيره ولده الصغير أو ولد ولده ممن لهم بمقتضى قرار من جهة القضاء حق حضانته أو حفظه ولو كان ذلك بغير تحايل أو اكراه (م٢٩٢) .

---

(١) الدكتور حسن صادق المرصفاوي في قانون العقوبات تشريعاً وقضاء في مائة عام ص٦٥٦ وما بعدها.

٩- فى الجريمتين المنصوص عليهما فى المادة ٢٩٢ لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى شفهية أو كتابية من المجنى عليه أو من وكيله الخاص، إلى النيابة العامة أو إلى أحد مأمورى الضبط القضائى. ولا تقبل الشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجنى عليه بالجريمة وبمرتكبها (م٣ من قانون الاجراءات الجنائية). ولمن قدم الشكوى أو الطلب أن يتنازل عن الشكوى أو الطلب فى أى وقت إلى أن يصدر فى الدعوى حكم نهائى وتنقضى الدعوى الجنائية بالتنازل وإذا توفى الشاكى فلا ينتقل حق التنازل إلى ورثته (م١٠ من قانون الاجراءات الجنائية).

موضوع رقم (٥)

أجر الحضانة

٩٤- ماهية أجر الحضانة:

أجر الحضانة، هو مايعطى للحاضنة مقابل حضانتها للصغير. وهو له شبه بالنفقة وشبه بالأجرة.

له شبه بالنفقة، لأنه جزء من نفقة الصغير، ويجب فى مال الصغير ان كان له مال، أو فى مال من تجب عليه نفقته اذا لم يكن له مال، على النحو الذى سنبينه فى النفقات.

وله شبه بالأجرة، لأنه يعطى للحاضنة نظير عمل تقوم به، فهى تقوم بحفظ الصغير وتربيته وتحبس نفسها من أجل الحضانة[١].

وعلى ذلك فان أجر الحضانة من نفقة الصغير ويجب لذلك احتسابه ضمن نفقته، غير أن ذلك لايغير من طبيعته فى أنه أجر نظير عمل تقوم به الحاضنة.

وينبنى على هذه الطبيعة لأجر الحضانة ما يأتى:

١- أن أجر الحضانة لايسقط بموت الصغير بخلاف نفقة الصغير على الرأى- الذى لم نأخذ به كما سنرى- القائل بسقوط نفقة الصغير بالموت ما لم يكن قد أذن فى استدانتها واستدينت بالفعل.

٢- أن أجر الحضانة لايسقط الا بالأداء أو الابراء، على خلاف نفقة الصغير على الرأى - الذى لم نأخذ به كما سنرى- القائل بسقوط نفقة

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٥٦١.

الصغير بمضى شهر فأكثر من تاريخ فرضها رضاء أو قضاء ما لم يكن قد أذن فى استدانتها واستدينت بالفعل.

٣- أن أجر الحضانة لايستحق الا بعقد أو حكم باستثناء الأم كما سنرى.

٤- أن الأم تجبر على رد ما عجل من أجر الحضانة لوالد الصغير عن المدة التى زال فيها السبب وانقطع فيها العمل بخروج الولد من يدها.

٥- أن قيد عدم سماع الدعوى المنصوص عليه بالمادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ لايسرى على أجر الحضانة.

فقد نصت هذه المادة على أن: «ولاتسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها رفع الدعوى»، ومن ثم تسمع الدعوى بطلب أجر الحضانة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها رفع الدعوى، لاختلاف أجر الحضانة فى طبيعته عن النفقة، وقد صرحت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بأن الحكم الوارد بالمادة خاص بنفقة الزوجة على زوجها ولا يتعداه إلى غير هذا من الحقوق[١].

٦- أن أجر الحضانة لما له من شبه بالنفقة ويستحق على الملزم بنفقة الصغير فانه كان يدخل ضمن نفقته عند احتساب نصاب الاستئناف المنصوص عليه بالمادة الخامسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة)[١].

(١) راجع الكتاب الثانى بند (١١٥).

(٢) أوردنا فى الطبعة السابقة من الكتاب تأييدا لهذا الرأى فى ظل المادة الخامسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) المشار إليها التى كانت تجرى على أن: « تختص المحاكم الشرعية الجزئية بالحكم النهائى فى المنازعات فى المواد الآتية:

نفقة الزوجة ونفقة الصغير بجميع أنواعها إذا لم يزد مايطلب الحكم به فى كل نوع على مائة قرش فى الشهر أو لم يحكم بأكثر من ذلك إذا كان الطلب غيرمعين . وكل ذلك بشرط ألا يزيد مجموع مايحكم أو يطلب الحكم به للزوجة أو للصغير على ثلثمائة قرش فى الشهر .... الخ - وأوضحنا أن المذكرة الايضاحية لهذه اللائحة أوردت أنه: «بينت المادة الخامسة ماتختص المحاكم الجزئية بالحكم النهائى فيه والمادة السادسة ماتختص فيه بالحكم الابتدائى وبنى التعديل فيها على المبادئ الآتية:

اولا - كان النصاب النهائى فى كل من أجور الحضانة والرضاعة والمسكن وفى النفقات بين الزوجين ثلاثمائة قرش صاغا فى الشهر فأدى ذلك إلى ارهاق المحكوم عليه بمطالبته شهريا على التوالى بمبالغ كبيرة بمقتضى أحكام نهائية قد تستنفد ثروته ورأس ماله ولايجد أمامه طريقا للتظلم من هذه الأحكام لحرمانه من حق استئنافها. فرئى دفعا للحرج وافساحا لمجال العدالة بين المتقاضين تخفيض النصاب النهائى إلى مائة قرش صاغ فى الشهر لكل نوع من أنواع نفقة الزوجة والصغير ليكون للمحكوم عليه حق الاستئناف فيما جاوزه وأن يكون له أيضا حق الاستئناف اذا كان الحكم فى كل نوع نهائيا ولكن مجموع المطلوب أو المحكوم به للزوجة أو الصغير يتجاوز ثلاثمائة قرش فى الشهر.

ثانيا - شمول نفقة الزوجة لنفقة الطعام وبدل الكسوة وأجرتى المسكن والخادم وشمول نفقة الصغير لذلك ولأجرتى الحضانة والرضاع...الخ».

وبالترتيب على ذلك اذا انفرد الطلب بأجر الحضانة وكان محدد المقدار فان الحكم الصادر فيه يكون قابلا للاستئناف اذا كان ما طلب أكثر من مائة قرش فى الشهر ونهائيا اذا كان مائة قرش فأقل شهريا، أما اذا اجتمع أجر الحضانة مع غيره من أنواع نفقة الصغير فان الحكم يكون ابتدائيا وقابلا للاستئناف اذا كان مجموع ماحكم به أو طلب الحكم به يزيد على ثلثمائة قرش فى الشهر، ويكون الحكم نهائيا اذا كان مجموع ماطلب أو حكم به ثلاثمائة قرش فأقل فى الشهر.

(المستشار أنور العمروسى ص ٤٤٠ وما بعدها)

٩٥ - على من يجب أجر الحضانة؟

أجر حضانة الصغير غير أجر ارضاعه وما يلزمه من نفقة. وهو يجب فى مال الصغير ان كان له مال، فان لم يكن له مال، يجب على أبيه أو من تلزمه نفقة الصغير من بعده.

فاذا كان الأب معسرا عاجزا عن الكسب اعتبر غير موجود وفرض الأجر على من تجب عليه نفقة الصغير عند عدم الأب ويؤديها فى الحال إلى الحاضنة. واذا كان قادرا على الكسب وجبت عليه وكانت دينا فى ذمته. وأمر بالأداء عنه من تجب عليه نفقة الصغير من بعده ويرجع بها على الأب إذا أيسر.

وقد نصت على ذلك المادة (٣٨٨) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا اذ جاء بها «أجرة الحضانة غير أجرة الرضاعة والنفقة وكلها تلزم أبا الصغير ان لم يكن له مال فإن كان له مال فلا يلزم أباه منها شىء الا أن يتبرع».

وقد قضى فى هذا الشأن بأن:

١- «وحيث أنه عن أجر الحضانة فمن المقرر أن الحضانة ما هى الا عمل من الأعمال وأن من يقوم بها يستحق أجرا فى مقابل هذا العمل والحاضنة ان كانت أما يثبت استحقاقها لأجر الحضانة من وقت قيامها بالحضانة فعلا بعد انقضاء العدة من غير توقف على إتفاق أو قضاء ولا تكتفى الحاضنة فى هذه الحالة بأخذ أجرة الحضانة فقط بل لها فوق

ذلك أجرة مسكن ان لم يكن لها مسكن وأن أجرة الحضانة والمسكن يلزم بها من تجب عليه نفقة الصغير وهو الأب».

(بندر المنيا الجزئية بتاريخ ١٩٨٥/٤/٢٩- الدعوى رقم ٣ لسنة ١٩٨٥).

٢- «أجر الحضانة له وجهان فهو جزء من نفقة الصغير فيجب فيها ويجب على من تجب عليه نفقة الصغير.. وهذا الواجب المفروض على الزوج المطلق (الأب) يدور وجودا وعدما مع واجبه في الانفاق على أولاده الصغار أما اذا امتنعت عليه النفقة شرعا فلا يكون ملتزما بهذا الواجب المذكور».

(بركة السبع الجزئية- جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٢- الدعوي رقم ١٦٢ لسنة ١٩٨٧)

٩٦- تاريخ استحقاق اجر الحضانة:

الأصل أن أجر الحضانة لايستحق الا من تاريخ الاتفاق عليه أو قضاء القاضي به، لأنه أجر كسائر الأجور لايستحق الا بالاتفاق أو القضاء، فاذا أقدمت الحاضنة على الحضانة قبل الاتفاق أو القضاء فانها تكون متبرعة بذلك، فلا تستحق أجر حضانة وقد استثنيت الأم من هذا الأصل، فانها تستحق أجر الحضانة من التاريخ الفعلي للحضانة دون اتفاق أو قضاء قياسا على استحقاقها أجر الارضاع من تاريخ الارضاع الفعلي لوجود شبه كبير بين الارضاع والحضانة.

وعلة استثناء الأم أن شفقتها الكاملة على صغيرها تدفعها إلى حضانته دون الانتظار إلى اتفاق أو قضاء، ولا يتصور عند عدم الاتفاق أن تترك وليدها بلا عناية أو رعاية حتى يرفع الأمر إلى القضاء ليصدر حكم بذلك.

وعلى هذا الرأى سارت أحكام المحاكم.

فقد قضت محكمة بركة السبع الجزئية بتاريخ ١٩٨٧/١١/١٧ فى الدعوى رقم ١ لسنة ١٩٨٦ بأن:

«وأجر الحضانة له وجهان فهو جزء من نفقة الصغير... ولا يستحق الا بعقد أو حكم في غير حالة الأم، أما الأم فلها أجر الحضانة من تاريخ بدئها فعلا وبذلك تستحقها عن مدة سابقة»[١].

(أيضا: بندر المنيا الجزئية بتاريخ ١٩٨٥/٤/٢٩ - الدعوى رقم ٣ لسنة ١٩٨٥ منشور ببند ٩٨)

٩٧- عدم استحقاق اجر الحضانة اثناء قيام الزوجية وعدة الطلاق الرجعى:

المتفق عليه فى المذهب الحنفى أنه اذا كانت الزوجية قائمة بين الأم وبين أبى الصغير، وكذلك اذا كانت معتدته من طلاق رجعى، فلا تستحق الأم أجر الحضانة، ذلك أن الحضانة تجب عليها ديانة، وأجر الحضانة ليس أجرة خالصة بل له شبه بالنفقة، والزوجة تتقاضى نفقتها من الزوج نظير احتباسها لمصلحته، وتأخذها فى فترة عدة الطلاق الرجعى لقيام الزوجية حكما، ولا يجوز لها تقاضى نفقتين فى وقت واحد وان تعدد السبب.

٩٨- هل يستحق اجر الحضانة أثناء عدة الطلاق البائن؟

فى المذهب الحنفى قولان كلاهما راجح عن استحقاق المطلقة أجر الحضانة أثناء عدة الطلاق البائن:

---

(١) وذهب رأى آخر إلى أن أجر الحضانة يستحق من التاريخ الفعلى للحضانة سواء بالنسبة للأم أو لغيرها من الحاضنات.

وهذا الرأى مرجوح فى الفقه والقضاء.

الأول: أن المطلقة بائنا لاتستحق أجر الحضانة أثناء العدة، وانما تستحقه بعد انقضائها.

الثاني: أن المطلقة بائنا تستحق أجر الحضانة أثناء العدة، لأن عرى الزوجية قد انفصمت بالطلاق البائن وتعتبر كالأجنبية اذ لايمكن أن تعود لمطلقها الا بعقد ومهر جديدين، ولذلك تأخذ حكم الأجنبية من حيث استحقاق أجر الحضانة.

والرأى الثانى محل نظر، لأن اتفاق الأحناف على عدم استحقاق المطلقة رجعيا لأجر الحضانة علته وجوب الحضانة عليها ديانة ولأنها تستحق نفقة من مطلقها حال العدة ولا يجوز الجمع بين نفقتين ولو تعدد السبب، وهذه العلة متحققة فى الطلاق البائن، لأن المطلقة بائنا تستحق النفقة على مطلقها كالمطلقة رجعيا.

وقد سارت المحاكم على الرأى الأول[١].

(الدعوى رقم ١٤١٣ لسنة ١٩٣٧ مستأنف كلى شرعى مصر - جلسة ١٩٣٨/١/١٤- الدعوى رقم ٢٧٥ لسنة ١٩٨٦ كلى مستأنف شبين الكوم- جلسة ١٩٨٦/١١/٢٥- الدعوى رقم ١٥١ لسنة ١٩٨٧ بندر شبين الكوم - جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٢ - الدعوي رقم ١٧٥ لسنة ١٩٨٧ بندر شبين الكوم - جلسة ١٩٨٨/١/١٩).

---

(١) وهذا مادعا ابن عابدين إلى القول بأن الأوجه عدم التفرقة بين معتدة البائن ومعتدة الرجعى وأن هذا هو مقتضى اطلاق الكنز وأن ظاهر الهداية ترجحه (حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٥٦١) - ومن هذا الرأى أيضا الاستاذ محمد أبو زهرة ص ٤١٠ - الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٧٦٧- المستشار صلاح الدين زغو ص ٢٢٩ وما بعدها.

ولما كانت علة عدم استحقاق المطلقة بائنا أجر الحضانة أثناء العدة تقاضيها نفقة من مطلقها فان هذه العلة تزول اذا كانت المطلقة بائنا لاتتقاضى نفقة من مطلقها فانها تعتبر بمثابة المنقضية العدة وتستحق أجر الحضانة، ومثال ذلك أن تكون المطلقة قد أبرأت زوجها عن أجر الحضانة نظير الطلاق، أو كانت دعواها بالنفقة غير مسموعة لمضى سنة من وقت الطلاق.

وتطبيقا لذلك قضى بأن :

١- «وحيث أنه لما كان ما تقدم وكان الثابت من اشهاد الطلاق المؤرخ ١٩٨٤/٧/١٥ أن المدعية قد طلقت على الابراء من المدعى عليه وأنها قد انقضت عدتها منه وقدمت ما يفيد استئجارها لمسكن مقررة أنها تتخذه محلا للحضانة كما قد ثبت للمحكمة وجود الصغير فى حضانتها ومن ثم فان المحكمة تجيبها إلى طلباتها مقررة لها أجرى الحضانة والمسكن بالقدر الوارد بمنطوق هذا الحكم».

(بندر المنيا الجزئية للأحوال الشخصية - جلسة ١٩٨٥/٤/٢٩ - الدعوى رقم ٣ لسنة ١٩٨٥).

٢- «وحيث أنه من المقرر كذلك فقها وقضاء أن قيام العدة غير مانع من فرض أجرة الحضانة مادام الطلاق على الابراء... الخ».

(شبين الكوم الابتدائية - جلسة ١٩٨٦/١١/٢٥- الدعوى رقم ٢٧٥ لسنة ١٩٨٦ كلى مستأنف).

٩٩- استحقاق اجر الحضانة فى الحضانة الفاسدة :

اذا فقدت الحاضنة أحد شروط الحضانة ومع ذلك استمرت فى حضانتها

الصغير، كما اذا كانت الحاضنة فقدت شرط الأمانة، فانها تستحق أجر الحضانة لأن ذلك بمنزلة تعيب العين المستأجرة حيث تجوز الأجرة عليها[١].

١٠٠- كيفية تقدير أجر الحضانة :

اذا اتفقت الحاضنة مع الأب أو الملزم بنفقة الصغير على أجر معين للحضانة، كان الأجر المتفق عليه هو المستحق.

أما فى حالة عدم الاتفاق على أجر معين، فانه يراعى أن أجر الحضانة وان كان من نفقة الصغير الا أنه أجر نظير عمل تقوم به الحاضنة، ومن ثم فانه يقدر بحسب ما تستحقه مثل الحاضنة فى مقابل هذا العمل على مثل والد الصغير أو الملزم بنفقته.

والأمر فى ذلك متروك لتقدير قاضى الموضوع[١].

وفى هذا قضت محكمة بركة السبع الجزئية للأحوال الشخصية بتاريخ ١٩٨٧/١١/١٧ فى الدعوى رقم ١ لسنة ١٩٨٦ بأن:

«وأجر الحضانة له وجهان فهو جزء من نفقة الصغير فيحسب فيها ويجب على من تجب عليه نفقة الصغير... ويقدر بحسب المستحق لمثل الحاضنة فى

---

(١) مجموعة رسائل ابن عابدين جـ١- رسالة الابانة عن أخذ الأجرة على= = الحضانة ص ٢٧٤ وقد جاء بها: «ولم أر أيضا ما اذا جعل القاضى لها أى للأم أجرة الحضانة فى مال اليتيم وأمر الوصى بدفعها للأم فتزوجت واستمرت تحضنه عند الزوج هل يبطل فرض القاضى أم لا حيث لم يتعرض من له حق الحضانة بعدها للحاضنة.

والظاهر من تسميتهم لها أجرة أنه لايبطل الفرض لأنه بمنزلة تعيب العين المستأجرة وهذا عند من يقول بجواز الأجرة عليها والظاهر أنه الأصح ولذلك أفتى به قارىء الهداية»- الزقازيق الشرعية فى ١٩٤٨/٥/١٨- الدعوى ٩٧٣ لسنة ١٩٤٨.

(١) مستشار صلاح الدين زغو ص ٢٢٦.

مقابل هذا العمل على مثل والد الصغير والأمر فى ذلك متروك لتقدير قاضى الموضوع».

(ايضا: شبين الكوم الابتدائية - جلسة ١٩٨٦/١١/٢٥- الدعوى رقم ٢٧٥ لسنة ١٩٨٦ مستأنف).

١٠١- اجر الحضانة غير قابل للزيادة:

أجر الحضانة بعد فرضه غير قابل للزيادة، لأنه أجر نظير عمل وان كان جزءا من نفقة الصغير، فمن استؤجر لعمل خاص فى مدة معينة بأجر محدد عليه أن يعمل ذلك أى اتمام المدة، ولا تأثير لزيادة يسار الملزم بالأجر أو كبر سن الصغار لأن أجر الحضانة متعهد عليه فى نظير العمل وهو التربية وكبر السن يقتضى الاستغناء عن الخدمة لازيادتها.

فضلا عن أن رضا الحاضنة بالأجرة المتفق عليها أمارة على أنها حد المثل.

وقد سار قضاء الأحوال الشخصية على ذلك[1].

فقضت محكمة بركة السبع الجزئية للأحوال الشخصية بتاريخ ١٩٨٧/١١/١٧ فى الدعوى رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧ بأن:

«وحيث أنه عن طلب زيادة أجر حضانة الصغير عبد الوهاب فانه من المقرر شرعا أن أجر الحضانة بعد فرضه غير قابل للزيادة فانه أجر نظير عمل وان كان جزءا من نفقة الصغير وعلى ذلك لايجوز للحاضنة أن تطلب زيادة أجر حضانة الصغير بسبب زيادة ثراء والده أو لكبر سن المحضون وعلى ذلك سار قضاء الأحوال الشخصية».

---

(١) من هذا الرأى: المستشار صلاح الدين زغو ص ٢٣٥ - الاستاذ أشرف كمال ص ٣٨٥.

(ذات المبدأ : الدعوى رقم ١٩٢ لسنة ١٩٨٧ بتاريخ ١٩٨٧/١٢/٢٩ - الدعوى رقم ١ لسنة ١٩٨٦ بتاريخ ١٩٨٦/١١/١٧ - كوم حمادة الجزئية الشرعية فى الدعوى رقم ١٢٣ لسنة ١٩٣١ بتاريخ ١٩٣٢/١/٥)

وقد ذهب رأى إلى أنه للملزم بأجر الحضانة دائما أن يقيم الدعوى بطلب تخفيض المفروض عليه لأجر الحضانة اذا تدهورت أحواله المالية عن وقت الفرض(١).

ويبدو أن هذا الرأى رجح فى هذه الصورة اعتبار أجر الحضانة من نفقة الصغير، مستندا إلى أن نفقة الصغير تكون فى حدود يسار الملزم بها ولا يكلف نفسا الا ما أتاها.

١٠٢- الابراء من اجر الحضانة :

يجوز للحاضنة ابراء زوجها من أجر الحضانة عن متجمد أجرها فى جميع الأحوال، ولو كان الابراء بغير مقابل.

أما بالنسبة لأجر الحضانة الذى يستحق فى المستقبل، فلا يجوز الابراء منه، لأنه لم يجب بعد وفى حكم المجهول، والابراء اسقاط لدين وجب الوفاء به فيكون الابراء عنه اسقاط للدين قبل وجوبه فلا يجوز واذا حصل وقع باطلا، الا أن الفقهاء استثنوا من ذلك ابراء الزوج من أجر الحضانة المستقبل رغم أنه لم يصبح دينا فى الذمة اذا كان نظير الطلاق ويكون الطلاق فى هذه الحالة إما طلاقا على مال أو خلعا بالتفصيل الذى أوردناه فى موضعه، لأنه يكون ابراء بعوض هو تخليص المرأة من عقدة الزواج، فكأنها استوفت الأجر باستيفاء بدله والاستيفاء قبل الوجوب جائز شرعا.

---

(١) الأستاذ أشرف كمال ص ٣٨٥.

والابراء من أجر الحضانة مقابل الطلاق مانع من طلب فرضه حتى لو عادت المطلقة إلى عصمة زوجها بعقد جديد لأن البراءة من أجر الحضانة نظير الطلاق انما هى معاوضة وقد استوفت الحاضنة عوضها عن ذلك وهو الطلاق فعودها بالمطالبة ببعض المعوض عنه جمع بين العوض والمعوض عنه وهو محظور شرعا لايجاب إليه.

والقول بأن الحق فى المطالبة بأجر الحضانة يعود بعودة الزوجية، قول لايستند إلى دليل إذا هذا يستقيم لو كان مناط الحكم فيه الزوجية وغير خاف أن الأمر ليس كذلك بدليل أن هذا الأجر يستحق من غير تحقق الزوجية، وقياسها على نفقة الزوجية قياس مع الفارق اذ أن الزوجية لها أثر فى النفقة بخلاف هذا[1].

١٠٣- عدم انتقال اجر الحضانة :

يزول أجر الحضانة بزوال يد الحاضنة عن المحضون لأنه أجر نظير عمل وقد انتهى العمل. وعلى ذلك اذا انتقلت الحضانة إلى حاضنة أخرى فان المقرر لأجر الحضانة للحاضنة السابقة لاينتقل إلى الحاضنة الجديدة، وعلى الأخيرة المطالبة بأجر حضانة من جديد.

وفى هذا قضت محكمة بركة السبع الجزئية بتاريخ ١٩٨٨/٥/٢٤ فى الدعوى رقم ٢٣١ لسنة ١٩٧٨ بأن:

«وحيث أنه عن طلب نقل المقرر لأجر حضانة الصغيرة هدية وأجر مسكن حضانتها وزيادتهما فانه من المقرر شرعا أن المفروض لأجر الحضانة يزول بزوال يد الحاضنة عن المحضون بمعنى أن المفروض لهذا الأجر لاينتقل

(١) الدكتور عبد العزيز عامر ص ٣٧٠.

من حاضنة لأخرى خلافا لنفقة الصغير التى تنتقل وعلى ذلك يتعين على الحاضنة الجديد أن تطلب فرضا جديدا...الخ»[١].

١٠٤- سقوط اجر الحضانة ببلوغ الصغير اقصى سن الحضانة:

أجر الحضانة يستحق للحاضنة نظير تربية الصغير ورعايته والمحافظة عليه، فاذا بلغ الضغير أقصى سن الحضانة فقد زال سبب الأجر.

وبهذا قضت محكمة بندر شبين الكوم الجزئية بتاريخ ١٩٨٧/١١/٢٤ فى الدعوى رقم ١٠٤ للسنة ١٩٨٧ احوال شخصية - نفس:

ويجوز للمحكوم عليه بأجر الحضانة عند بلوغ الصغير أقصى سن الحضانة أن يطلب الحكم له على الحاضنة بابطال المقرر لها لأجر الحضانة لا الكف عن المطالبة بالمفروض لأن الكف عن المطالبة بالمفروض انما يكون فى حالة بقاء الحق مع زوال الصفه فى اقتضائه، أما فى حال زوال الحق أصلا فى اقتضاء المقرر، فانه يترتب عليه الحكم بابطال المفروض.

التبرع بالحضانة :

١٠٥- (أ) الشروط الواجب توافرها فى المتبرعة بالحضانة :

يشترط فى المتبرعة بالحضانة ما يأتى:

١ - أن تكون من المحارم المنصوص عليهم بالمادة (٢٠) من المرسوم

---

(١) وقضت محكمة شبين الكوم الابتدائية بتاريخ ١٩٨٦/١١/٢٥ فى الدعوى رقم ٢٧٥ لسنة ١٩٨٦ كلى مستأنف بأن:

«وعلى هذا فأجرة الحضانة فى معنى المؤونة وتستحقها الحاضنة على عمل هو حفظ الصغير ورعايته وتعهده وهو فى سن الحضانة وما دامت قائمة بهذا العمل استحقت أجر الحضانة أما اذا انفصل الصغير عنها إلى الأم فينعدم قيامها اذن بحفظ الصغير وتعهده فلا أجر لها على النحو المتقدم».

بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥)، كالجدة لأب أو لأم والخالة والعمة، فلا يقبل التبرع من غير المحارم ولو كن قريبات للطفل كابنة العم أو ابنة الخال، أو الأجنبيات عن الصغير. لأن فى دفع الصغير للمتبرعة غير المحرم أو الأجنبية ضررا به لقصور شفقتها عليه فلا يعتبر معه الضرر فى المـال[1].

٢- أن تتوافر فى الحاضنة المتبرعة الشروط الواجب توافرها فى الحاضنة والتى عرضنا لها فيما تقدم. فان لم تكن كذلك فلا يلتفت لتبرعها بالحضانة ويبقى الصغير عند الحاضنة التى تقبل الأجر.

٣- أن تكون الحاضنة المتبرعة موسرة. وهو شرط قال به بعض الفقهاء، وقد اختلف فى المقصود باليسار، فذهب رأى إلى وجوب أن تكون الحاضنة موسرة بحيث يمكنها أن تنفق على الصغير اذا ماطرأ مايوجب ذلك كغياب أبيه أو موته وعدم وجود من ينفق على الصغير، والحكمة من ذلك عدم ضياع الصغير[2].

---

(١) فقد جاء بالعقود الدرية جـ١ ص ٥٩ ما يأتى:

«... ولم أر من صرح بأن الأجنبية كالعمة فى أن الصغير يدفع إليها اذا كانت متبرعة والأم تريد الأجر على الحضانة ولاتقاس على العمة لأنها حاضنة فى الجملة وقد كثر السؤال عن هذه المسألة فى زماننا وهو أن الأب يأتى بأجنبية متبرعة بالحضانة فهل يقال للأم كما يقال لو تبرعت العمة وظاهر المتون أن الأم تأخذه بأجر المثل ولا تكون الأجنبية أولى بخلاف العمة على الصحيح.. الخ»- راجع أيضا حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٥٦٢.

(٢) رسالة الابانة عن أخذ الأجرة على الحضانة - مجموعة رسائل ابن عابدين جـ١ ص ٢٧٠ وما بعدها - المستشار صلاح الدين زغو ص ٢٣٣.

بينما ذهب رأى آخر إلى أن المقصود باليسار أن تكون الحاضنة قادرة على الحضانة مجانا[١] .

والرأى الأول هو الذى نرى الأخذ به[٢] .

١٠٦- (ب) حكم التبرع بالحضانة :

يتعين التفرقة فى هذا الشأن بين حالة ما اذا كان الأب معسرا وحالة ما اذا الأب موسرا. فاذا كان الأب معسرا سواء كان للطفل مال أولا ، تكون المتبرعة

---

(٢) الدكتور عبد العزيز عامر ص ٢٧٤.

(٣) وقد ذهب رأى إلى أن تبرع الحاضنة بنفقة الصغير أو بأجر الحضانة لايسقط حضانة الأم اذا كان الطفل فى فترة الرضاع.

فقضت محكمة الجمالية الشرعية بتاريخ ١٩٣٢/١/١٧ فى الدعوى رقم ٢٧٨٨ لسنة ١٩٤١ بأن: «يقضى الفقه بالتخيير فى أجرة الحضانة من ولى المحضون الذى فى سن الحضانة لافى سن الرضاع فتخير الحاضنة بين الإمساك مجانا وبين النزاع منها والتسليم للمتبرعة وقد نقل فى تعليقات الفتاوى الأنقروية عند النص على التخيير ان المراد بالتخيير فى الأجرة والأجرة على الحضانة- «وهو صريح الفتاوى المهدية ص ٣٦٦ من الجزء الأول» والصغيرة فى سن الرضاع ولا تخير فى هذا السن».

راجع أيضا: منفلوط الشرعية ١٩٤٠/٢/٦ فى الدعوى رقم ١٩٣٩/١٩٨٣ .

ويذهب ابن عابدين فى رسالته سالفة الذكر ص ٢٧٢ إلى أنه اذا كان الطفل رضيعا وتبرعت أمه بحضانته ولكنها طلبت أجرة على الإرضاع وتبرعت غير أجنبية بارضاعه فإن الطفل يبقى عند أمه وترضعه غير الأجنبية فى بيت أمه لأن كون المتبرعه بالارضاع غير أجنبية لايسقط حضانة الأم.

المحرم أحق من الأم التى تطلب أجرا، وذلك رعاية لمصلحة الصغير وحفظا لماله ان كان له مال، والشفقة موفورة له على كل حال وإن كانت أضعف من شفقة الأم وحينئذ تخير الأم إما أن تقبل حضانة الصغير بغير أجر أو تسلمه إلى المتبرعة بحضانته.

أما اذا كان الأب موسرا، فان الأم تكون أحق بالحضانة من المتبرعة، ولو طلبت أكثر من أجر المثل، ولكنها لاتعطى الزيادة على أجر المثل.

وهذا على خلاف حكم الرضاعة، فان المتبرعة بالارضاع ولو أجنبية أولى من الأم التى تطلب أجرا، وكذلك التى ترضى بأجر أقل مما تطلبه الأم، هى أولى بارضاع الطفل من الأم. وسبب التفرقة أن تطلب الحنان والشفقة ووفرة الرعاية أهم وأعظم فى الحضانة عن الارضاع، فكانت الأم أولى بها فى كل حال لمالها من كمال الشفقة والحنان بولدها وشدة حرصها عليه.

ويسرى حكم التبرع بالحضانة، ولو كان الحاضن غير الأب أو لو كانت الحاضنة غير الأم[١].

---

(١) فقد جاء بالعقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ١ ص ٥٩ ما يأتى:

(سئل) فى صغيرين لامال لهما وهما فى حضانة أمهما المطلقة من أبيهما المعسر ولهما جدة لأب تريد أن تربيهما بغير شيء والأم تأبى ذلك وتطالب الأب بالأجرة ونفقة الولدين فما الحكم. (الجواب) حيث كان الأب معسرا يقال للأم أما أن تمسكى الصغيرين بغير أجر وأما أن تدفعيهما للجدة المذكورة ولاتجبر الأم على ذلك وسئل أيضا عما اذا كان مكان الجدة عمة والمسألة والتنوير وقاضيخان والخلاصة وهو الصحيح. قال العلائى والعمة ليست بقيد فيما يظهر أ.هـ.. وفى الفتاوى الرجيمية والعمة ليست قيدا بل كل حاضنة فى الجملة كذلك والأب ليس قيدا أيضا والنفقة غير الأجرة وقد نص عليهما أ. هـ).

وتسليم المحضون إلى الحاضنة المتبرعة، لايخول الأخيرة منع الأم من رؤية طفلها وتعهده.

١٠٧- طلب تخيير الحاضنة يكون من الأب أو ممن يليه من العصبات:

الأب أو من يليه من العصبات فى حالة عدم وجوده هو الذى يطلب تخيير الأم بين حضانة الطفل بالمجان أو تسليمه إلى الحاضنة المتبرعة، وترفع الدعوى منه، ولا تقبل دعوى الحاضنة المتبرعة إمساك الصغير مجانا اذا لم يطلب الأب أو من يليه من العصبات ذلك، لجواز أن يرضى وهو معسر بابقائه عند الحاضنة القريبة بالأجر ولانها لاتنتصب خصما عنه فى التضرر وطلب سقوط أجر الحاضنة القريبة فى دعواها الحضانة لنفسها.

١٠٨- اجبار الأم على الحضانة:

اذا أبت أم الولد ذكرا كان أو أنثى حضانته مجانا ولم يكن له مال وكان أبوه معسرا ولم توجد متبرعة من محارمه تجبر الأم على حضانته وتكون أجرتها دينا على أبيه[١].

---

(١) مادة (٣٩٠) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا - بندر شبين الكوم الجزئية للأحوال الشخصية (نفس) بتاريخ ١٩٨٨/١/١٩ فى الدعوى رقم ٢١٨ لسنة ١٩٨٧.

موضوع رقم (٦)

مكان الحضانة وانتقال الحاضنة بالصغير

لبيان مكان الحضانة وحق الحاضنة فى الانتقال بالصغير، نفرق بين ما اذا كانت الحاضنة هى أم الصغير وبين ما اذا لم تكن هى أم الصغير.

كما أن هناك تفصيلا أيضا فيما اذا كانت الحاضنة هى أم الصغير، ونعرض لذلك فيما يأتى:

١٠٩- اولا: اذا كانت الحاضنة هى أم الصغير:

(أ) اذا كانت الزوجية قائمة بين الأم وأبى الصغير :

اذا كانت الحاضنة هى أم الصغير وكانت الزوجية قائمة بينها وبين أبى الصغير، فمكان الحضانة هو مكان الزوجين أى مسكن الزوجية، وليس للحاضنة أن تسافر بالولد إلى أى بلد ولو كان قريبا، لأن للزوج بحكم الزوجية منعها من الخروج من المنزل – فى غير الحالات المستثناة فى القانون– اذا لم يكن معها ولد، فأولى أن يمنعها من السفر بالولد إلى بلد آخر[1].

(١) بدائع الصنائع جـ٤ ص ٤٤ – الدكتور عبد الرحمن تاج ص ٤٦٣.

(ب) اذا كانت الأم معتدة من طلاق ابى الصغير:

اذا كانت الأم الحاضنة معتدة من أبى الصغير من طلاق رجعى أو بائن، فمكان الحضانة مسكن العدة، وهو مسكن الزوجية وقت الطلاق فليس لها أن تخرج منه حتى تنقضى عدتها منه، حتى ولو أذن لها المطلق بالخروج أو السفر، لأن بقائها فى بيت الزوجية هو حق لله تعالى فلا يملك الزوج ابطاله[١] لقوله تعالى ﴿لاتخرجوهن من بيوتهن ولايخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾[٢].

وعلى ذلك لايجوز للمطلقة رجعيا أو بائنا السفر بالمحضون فى فترة العدة.

(جـ) اذا كانت الأم معتدة من وفاة ابى الصغير:

اذا كانت الأم الحاضنة معتدة من وفاة أبى الصغير، فالظاهر أنها تأخذ حكم المعتدة من طلاق، فيكون بلد أبى الصغير هو مكان الحضانة ولايكون لها التنقل بالولد بلا اذن، والاذن هنا اذن الأولياء لقيامهم مقام الأب ولأن مافيه ضرر للولد ممنوع، فلهم المنع تحاشيا لهذا الضرر المحتمل وقوعه بالولد، ولايمنع من وجوب الاذن أن معتدة الوفاة تخرج نهارا وبعض الليل لكسب نفقتها لأن المبحث هنا خاص بالانتقال من بلدة إلى أخرى وهذا ليس لها فى العدة فكانت فى مسألة الانتقال بالولد فى حكم المعتدة من طلاق[٣].

---

(١) راجع الرأى الذى يجيز للمطلقة الاقامة خارج مسكن العدة استنادا إلى حالة الضرورة (الكتاب الرابع).

(٢) سورة الطلاق- أية رقم (١).

(٣) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٥٦٩- الدكتور عبد العزيز عامر ص ٤٠١ وما بعدها.

(د) اذا كانت الام قد انقضت عدتها من أبي الصغير:

اذا كانت الحاضنة هى أم الصغير وانقضت عدتها من أبيه فمكان الحضانة هو بلد أبى الصغير، وحقها فى الانتقال بالصغير من مكان الحضانة إلى بلد آخر يختلف باختلاف ما اذا كان هذا البلد الآخر قريبا أو بعيدا.

فاذا كان البلد الذى يراد الانتقال إليه قريبا جاز لها الانتقال بالصغير من مدينة ومن قرية إلى قرية، ولا يجوز لها الانتقال من مدينة إلى قرية، لأن أهل القرى جبلوا على الجفاء فيخشى على الصغير التخلق بأخلاقهم وهو ما يلحق به الضرر[١].

ويستثنى من ذلك أن تكون القرية المراد الانتقال إليها هى بلد الأم أى موطن أهلها التى عقد عليها فيها لأن الأب يكون قد التزم المقام فى هذا البلد عرفا وشرعا لقول النبى عليه السلام: ﴿من تأهل ببلدة فهو منهم﴾.

فاذا لم يكن هذا البلد بلد الأم أو كان بلدها ولكن لم يعقد عليها فيه فلا يجوز الانتقال بالصغير إليه[٢].

أما اذا كان البلد الذى يراد الانتقال إليه بالصغير بعيدا، فانه لايجوز الانتقال إليه بالصغير الا باذن الأب لما فى ذلك من الاضرار بالأب لبعد ابنه عنه والاضرار بالولد لفقده رعاية أبيه ورقابته.

---

(١) بدائع الصنائع جـ٤ ص ٤٥.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الرقائق جـ٤ ص ١٧٢.

انما يستثنى من ذلك أن يكون البلد الذى يراد الانتقال إليه هو بلدها أى موطن أهلها وأن يكون أبوه قد عقد عليها به، لأن هذا الانتقال فيه مصلحتها ومصلحة الولد حيث تقيم بين أهلها وذويها وتعيش فى البيئة التى نشأت فيها لتكون تحت رعايتهم ورقابتهم، ومن ثم فان المصلحة فيه أعظم من الضرر الذى قد يلحق الأب ببعد ولده عنه، ولأن العقد عليها فى بلدها- كما أسلفنا - التزام منه المقام فى هذا البلد عرفا وشرعا.

ويجوز فى هذه الحالة أن يكون الانتقال من مدينة إلى قرية.

والمحظور هو الانتقال بالصغير من بلد إلى بلد، فيجوز الانتقال من حى إلى حى داخل المدينة الواحدة، الا اذا كان بينهما تفاوت فتمنع الأم من الانتقال بالولد ومناط التفاوت أن يكون فى امكان الأب رؤية الولد والعودة فى نفس النهار[١].

ويندر الآن أن يوجد ببلدة كبيرة تفاوت بين أحيائها بالمعنى السابق، لأن المواصلات قربت الأماكن البعيدة (أنظر البند التالى).

وغنى عن البيان أنه يجوز الاتفاق بين الأب والحاضنة على مخالفة القواعد المتقدمة، كأن يقبل الأب اقامة الحاضنة فى بلد لايجوز لها أن تحضن الصغير فيه.

---

(١) فقد جاء بالتنوير وشرحه الدر المختار ما يأتى: «فلو بينهما تفاوت بحيث يمكنه أن يبصر ولده ثم يرجع فى نهاره لم تمنع مطلقا لأنه كالانتقال من محلة إلى محلة شمتى». وقد علق ابن عابدين على ذلك بقوله «قوله من محلة إلى محلة أى فى بلد واحدة الظاهر أنه لو كان بين المحلتين تفاوت تمنع» (حاشية ابن عابدين ص ٥٦٩ وما بعدها).

١١٠- معيار القرب والبعد عن بلد الأب

المعيار الذى وضعه الفقهاء للقرب والبعد عن بلد الأب، هو أنه اذا كان الأب يستطيع الذهاب لرؤية ولده والعودة إلى محل اقامته قبل دخول ليل ذات اليوم كان المكان قريبا، فاذا لم يستطيع ذلك كان المكان بعيدا.

وقد راعى الفقهاء فى وضع هذا المعيار أمرين كانا فى زمانهم **الأول:** وسائل الانتقال التى كانت توجد لديهم والصعوبات التى كانت تعترض السفر، فقد كانت وسائل المواصلات بدائية وهى إما السير على الأقدام أو ركوب الدواب فى وقت لم تكن الطرق فيه ممهدة. الثاني: أن السفر ليلا لم يكن مأمون العاقبة لكثرة اللصوص وقطاع الطرق اذا لم يكن الأمن مستتبا فى عهدهم، كما لم تكن الطرق مضاءة كما هى الحال الآن.

ولما كانت مسألة القرب أو البعد يجب أن تحسب على ما هو كائن فى كل زمان، فانه يجب احتساب القرب والبعد عن بلد الأب فى الآونة الحاضرة على أساس التطور الموجود فى وسائل المواصلات على اختلاف أنواعها، لا على أساس قطع المسافة سيرا على الاقدام أو بركوب الدواب، كما يجب اعتبار الليل كالنهار اذ لم يعد الليل مانعا من السفر بسبب استتباب الأمن واضاءة الطرق. وعلى ذلك يمكن القول بأن تطبيق هذا المعيار الآن يؤدى إلى القول بأن الأب اذا كان يستطيع الذهاب إلى البلد التى تنتقل إليها الأم بالصغير بوسائل المواصلات الموجودة الآن والعودة نهارا أو ليلا فى ذات اليوم فان البلد يكون قريبا فاذا لم يستطع ذلك كان البلد بعيدا.

وانمـا يجب أن يراعى هنا مقـدرة الرجـل على تحمل نفقات السفر لرؤية ولـده[١].

---

(١) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٧٧٥- وقارن حكم محكمة الأزبكية فى الدعوى رقم ١٨٨٨ لسنة ١٩٢٨ بتاريخ ١٩٢٩/٥/٢٥ فقد جاء به «... فان الضرر يندفع متى أمكن الذهاب والعودة قبل الليل بأية وسيلة للانتقال تكون مألوفة وميسورة للكافة، وقياس هذه المسألة على تلك قياس غير صحيح ووسائل الانتقال الميسورة للكافة فى هذا الزمن هى الطرق الحديدية والسيارات العمومية والمراكب التجارية والشراعية والعربات والدواب والسير على الأقدام والثلاثة الأخيرة ليست مألوفة الا فى المسافات القصيرة وغير مألوفة هذه الأيام فمتى أمكن الأب مطالعة ابنه والعودة للمبيت فى منزله فى المسافات الطويلة بوسائل الانتقال الأولى كان انتقال الأم بالصغير غير ممنوع شرعا- وقد يقال أن فى ذلك ضررا للأب متحملا نفقات السفر ولكن ذلك غير منظور إليه قطعيا فانه عليه أن يتنقل لرؤية ابنه متى أراد من بكرة النهار إلى الليل ولم يقل الفقهاء ذلك الا وهم يعلمون أن الانتقال طول اليوم مكلف لنفقات فى كثير من الاحيان» - المذكرة الايضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد فقد نصت المادة ١٦٩ من المشروع على أنه:

(أ) ليس للأم خلال الزوجية أو فى عدة الطلاق الرجعى أن تسافر بولدها أو تنقله من بيت الزوجية الا باذن أبيه.

(ب) ويجوز لها بعد البينونة، أن تنتقل به إلى بلد آخر، إذا لم يكن هذا النقل مانعاً لمصلحة تربية الصغير، ولم يكن ظاهراً منه مقصد المضارة بالأب، ولا يكلف الأب مشقة أو نفقة غير عاديتين.

وجاء بالمذكرة الإيضاحية ما يأتى:-

«... فاذا كان المكان يتوصل إليه بالوسائل العادية اليوم من سيارات وقطارات السكك الحديدية ونحوها فى نهار واحد، ذهابا وإيابا، فهذا مكان غير بعيد، ولا تعتبر المشقة فيه أو الكفلة غير عادية، بمقاييس العصر الحاضر».

فانه وان كان يمكن مثلا للأب السفر من طنطا إلى أسيوط والعودة فى نفس اليوم الا أنه يجب أن يدخل فى الاعتبار مدى قدرة الأب على تحمل نفقات سفر هذه المسافة.

وقد قضى بأن:

«ما ذكره الفقهاء بصدد مسألة البعد وهو أن تكون المسافة بين البلدين بحيث لا يتمكن المطالع من رؤيته والعودة نهارا، لم يسقه الفقهاء مساق الحد الجامع المانع لمسألة البعد، ولم يجعلوا ذلك ضابطا ومعيارا، وانما ساقوه مساق المثل للضرر الذى يصيب من له حق حضانة الصغير فى ذلكم الزمان الذى لم تكن المواصلات فيه سهلة ميسرة ولم يكن الأمن فيه مستتبا باسطا رواقه وظله ولم يكن الليل فيه الا شيئا مرعبا مخيفا حيث ينتشر الظلام ويكثر النصوص وقطاع الطرق، فبديهى أن يكون التأخير حتى يستدل الليل ستاره ضررا يجب أن يتقى- أما الآن وقد استتب الأمن وسهلت المواصلات وأنيرت الطرق والمسالك وأصبح الليل قطعة من النهار ولا يشعر السائر فيه بوحشة ولا يخشى ضررا فليس معقولا أن يعتبر ذلك الآن ضررا يجيز طلب الضم لطالبه».

(أسيوط الشرعية بتاريخ ١٩٤٧/١/٦- الدعوى رقم ٥٨ لسنة ١٩٤٦)

١١١- حق الأم الحاضنة فى الانتقال بالصغير فى حالة وفاة الأب:

القيود سالفة الذكر التى ترد على الحاضنة فى الانتقال بالمحضون إلى غير مكان الحضانة خاصة بحالة ما اذا كان الأب موجودا والأم المطلقة هى

الحاضنة. فاذا لم يكن الأب موجودا، فلا يجوز لغير الأب كالجد أو العم منعها من الانتقال بالصغير[١].

١١٢- ثانيا: اذا كانت الحاضنة غير أم الصغير:

اذا كانت الحاضنة غير أم الصغير كالجدة أو الأخت أو الخالة أو العمة، فليس لها الانتقال بالصغير إلى بلد غير بلد أبيه أو أقرب عاصب له فى حالة عدم وجود الأب الا باذنه، سواء كان البلد قريبا أو بعيدا، وطنا أصليا لها أولا، لأنه أجيز للأم الانتقال إلى بلد هو وطنها الذى عقد عليها فيه اعتبارا بأن العقد على الزوجة فى وطنها التزام من الزوج شرعا وعرفا بالمقام فيه، وهذا المعنى غير متحقق فى غير الأم لعدم وجود عقد[٢].

---

(١) فقد جاء بحاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٥٦٩ «لكن سئل شيخ مشايخنا العلامة الفقيه منلا (على التركمانى) عن يتيم فى حضانة أمه له جد لأب تريد أمه الغربه من بلدها التى تزوجت فيها إلى بلدة أخرى فهل لجده منعها؟ فأجاب بأن الواقع فى كتب المذهب متونا وشروحا تقييد المسألة بالمطلقة والأب، ولم نر من أجراها فى غيرهما، ومفاده أن الجد ليس له منعها» راجع أيضا عمر عبد الله ص ٦١٤- وهذا المعنى هو المستفاد أيضا من المادة (٣٩٣) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٥٧٠- الدكتور عبد العزيز عامر ص ٤٠٥- وقد **افتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ٢٦ من ربيع الأول سنة ١٣٣٣هـ بأن:**

«وأما الولد الذى عمره سنة وثلاثة أشهر والبنت التى عمرها أربع سنوات فهما فى سن الحضانة وتنتقل حضانتهما بعد موت أمهما إلى أمها إن كانت أهلا للحضانة لكن ليس لها الحق بأى حال أن تنقلهما من محل حضانتهما الا باذن أبيهما».

وقد افتت بتاريخ ١٩٦٦/٩/١٤م فى الطلب قم ٥٧٢ لسنة ١٩٦٦ بأنه «.. كما لايلزم أم الأم أن تنتقل إلى مسكنه مهما كان ذلك المسكن لتقوم

١١٣- لا يجوز للأب الانتقال بالصغير فى فترة الحضانة إلى بلد آخر:

اذا كان الولد فى فترة الحضانة، فلا يملك الأب الانتقال به إلى أى بلد آخر ولو كان قريبا الا باذن حاضنته، سواء كانت هذه الحاضنة زوجة أو مطلقة أو كانت امرأة أخرى(١)، لأن فى هذا الانتقال تفويت لحق الحاضنة فى حضانتها وحق الولد فى عطفها وحنانها.

فاذا زالت أهلية الحاضنة، ولم توجد له حاضنة أخرى، فانه يجوز للأب أن ينتقل بالولد إلى بلد آخر، كما يجوز ذلك لمن يقوم مقامه فى ولاية أمر الولد حتى تعود للحاضنة أهليتها للحضانة.

وقد أطلق بعض الفقهاء حق الأب فى الانتقال بالصغير، فأجازوا له الانتقال به إلى أى مكان بعيد أو قريب.

وقيده البعض بأن يكون قريبا بحيث تستطيع الأم أن تراه كل يوم وتعود لموطنها فى ذات اليوم قبل دخول الليل، كما هو الحال فى سفر الأم بالصغير.

وقد مال ابن عابدين إلى هذا الرأى(٢).

بواجب الحضانة، بل ان ذلك غير جائز شرعا متى كانت أجنبية عنه وغير محرم له، وواضح من السؤال أنهم جميعا يقيمون فى مدينة القاهرة الأمر الذى يسهل معه على والد الأطفال أن يطالعهم متى شاء ومما ذكر يعلم الجواب عما جاء بالسؤال والله سبحانه وتعالى أعلم».

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٥٧٠.

(٢) راجع فى الرأيين: التنوير وشرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٥٧٠ وما بعدها - وقد أشار ابن عابدين إلى أن هناك رأى أن الأب لايخرج بالولد من محل اقامته بعد استغنائه عن الحضانة، وان لم يكن لهاحق الحضانة، لاحتمال أن يعود هذا الحق بزوال مانعه.

والذى نراه ماذهب إليه بعض الفقهاء المحدثين من أنه لما كان لكل من الأب والأم حق فى الولد ورؤيته فى فترة الحضانة وقد نفى الشارع المضارة عنهما بسببه فقد يكون فى الأخذ بأحد الرأيين باطلاق ضرر بأحدهما، فلو أخذنا بالرأى الأول ربما استغل الأب ذلك فى حرمان الأم من رؤية ولدها، ولو أخذنا بالثانى وهو التقييد بالبلد القريب ربما لحق الأب منه الضرر، فقد يكون عمله يقتضيه السفر إلى البعيد، فمنعا للاضرار بأحدهما يفوض الأمر إلى القاضى لينظر فى خروج الأب والداعى إليه، فان رأى أنه مضطر للخروج إلى البلد البعيد من أجل وظيفة أو تجارة أذن له فيه دفعا للضرر عنه، وان رأى أنه لا مصلحة له فى ذلك قيده بالقريب لعدم مضارة الأم[1].

وقد افتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٤٢/١١/٣ بأن :

«الحمد لله وحده والسلام على من لانبى بعده. اطلعنا على هذا السؤال وعلى صورة طبق الأصل من الحكم المذكور ونفيد أنه قد جاء فى آخر باب الحضانة من البحر مانصه– وفى المجمع ولا يخرج الأب بولده قبل الاستغناء. انتهى. وعلله فى الشرح بأنه لما فيه من الاضرار بالأم بابطال حقها فى الحضانة– وهو يدل على أن حضانتها اذا سقطت جاز له السفر به وفى الفتاوى السراجية. سئل اذا أخذ المطلق ولده من حاضنته لزواجها هل له أن يسافر به فأجاب بأن له أن يسافر به إلى أن يعود حق أمه. انتهى وهو صريح فيما قلنا وهى حادثة الفتوى فى زماننا. انتهت عبارة البحر– ونقل ابن عابدين فى رد المحتار عن الشرنبلالية عن البرهان ما نصه «وكذا لايخرج الأب به من محل اقامته قبل استغنائه وان لم يكن لها حق فى الحضانة لاحتمال عوده

---

(١) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٦٧٦ وما بعدها.

بزوال المانع» انتهى. ونقل صاحب الدر أن شيخه الرملى أفتى بأن يسافر به بعد تمام حضانته قال ابن عابدين لم أر ذلك فى الخيرية فى هذا المحل والمأخوذ من هذه النصوص أن للأب فى حادثتنا أن يسافر بأولاده إلى بلد فوق مسافة القصر اذا كان الأولاد قد تجاوزوا سن الحضانة ولكن نقل صاحب الدر عن الحاوى أن للأب اخراجه إلى مكان يمكن للأم أن تبصر ولدها كل يوم كما فى جانبها- قال ابن عابدين تعليقا على هذا ما نصه- ثم لايخفى أنه مخالف لما مر عن السراجية ولما يأتى عن شيخه الرملى بل ولما مر عن المجمع والبرهان لأن ما فى الحاوى يشمل ما بعد الاستغناء وهذا هو الأرفق بالأم ويؤيده ما فى التترخانية «الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من النظر إليه ومن تعهده انتهى- ولا يخفى أن السفر أعظم مانع» انتهت عبارة ابن عابدين والمأخوذ من هذا أنه ليس للسائل أن ينقل أولاده إلى دمياط التى بينها وبين القاهرة أكثر من مسافة قصر. وهذا ما اختاره ابن عابدين ذاهبا إلى أنه الأوفق ومؤيدا له بما نقله عن التترخاتية ولكن صاحب الحامدية أفتى بخلاف ذلك أخذا مما فى المجمع وشرحه ومما فى السراجية ولنص عبارة الحامدية «سئل فى بنت بلغت من السن احدى عشرة سنة وهى عند أمها المطلقة من أبيها يريد أبوها أخذها من الأم والسفر بها إلى بلدته التى هى فوق مدة السفر فهل له ذلك حيث سقطت حضانتها. الجواب. نعم» وفى المجمع «ولا يخرج الأب ولده قبل الاستغناء إلى آخر ما ذكرنا عن البحر» إلى أن قال «ورأيت فى هامش فتاوى الأنقروية حاشية معزوة إلى الولى يحيى ابن زكريا أنه اذا سقطت الحضانة للتزوج بالأجنبى أو بالاستغناء فللعم أن يسافر بالولد» انتهى وخلاصة ماذكرنا أن للمتأخرين فى أن للأب أن يسافر بأولاده إلى بلد بينه وبين وطن الأم مسافة قصر رأيين

فالذى عليه كثير منهـم أن له أن يسـافر وأن ينقـل أولاده إلى هذا البلد وعلى ذلك فليس للمطلقة المذكورة أن تلزم والد الأولاد باستحضارهم لرؤيتها لهم واذا شاءت ذهبت إليهم فى دمياط محل اقامتهم لرؤيتهم واذا ذهبت اليهم لا تمنع من ذلك وعلى هذا الرأى أفتى صاحب الحامدية وذهب صاحب الحاوى إلى أنـه ليس له أن ينقله بعد الاستغناء الا إلى مكان قريب لا يفصله عنها اذا أرادت أن تنظر ولدها كل يوم وقد أيده ابن عابدين.

والذى يظهر لنا الأخذ بما فى شرح المجمع والسراجية والبرهـان وأفتى به صاحب الحامدية من أن للسائل أن ينقل الأولاد اذا استغنوا عن أمهم بتجاوزهم سن الحضانة إلى دمياط وليس عليه أن يحضرهم إلى القاهرة لتراهم والدتهم بل لها اذا شاءت أن تذهب إلى دمياط لرؤيتهم وذلك دفعا للضرر عن الأب باقامة أولاده فى غير محل اقامته. وما قاله ابن عابدين من أن السفر أعظم مانع لا يخفى ما فيه فان الظاهر من قول التترخانية المتقدم أن الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من النظر إليه ومن تعهده فى المكان الذى يوجد فيه الولد بحق. والأولاد موجودون بدمياط بحق فلا تمنع من رؤيتهم فى دمياط. وما قاله أيضا من أنه الأرفق بالأم مسلم ولكن الأخذ به انما يكون اذا لم يكن فيه ضرر وعدم رفق بالأب ولو ألزمنا الأب باقامته بأولاده بالقاهرة لكان فى ذلك ضرر أشد من الضرر الذى يلحق بالأم بذهابها إلى دمياط لرؤيتهم نعم. لو كان لوالد الأولاد محل اقامة أيضا بالقاهرة يمكن أن يقيم الأولاد فيه من غير ضرر يلحقهم كان الأخذ بما ذهب إليه صاحب الحاوى وقال ابن عابدين انه الأرفق والأولى. وفى هذه الحالة لا يكون هناك ضرر على الوالد. وبهذا علم الجواب عن السؤال حيث كان الحال كما ذكر. والله سبحانه وتعالى أعلم.

١١٤- حق الأب فى الانتقال بالولد بعد ضمه إليه:

اذا انتهت مدة حضانة النساء وضم الولد إلى أبيه، فله السفر بالولد إلى أى بلد آخر.

وقد أفتى الرملى بأن غير الأب من العصبات كالأب[١].

ولم يأخذ ابن عابدين بذلك وذكر أنه لم ير من ذكره[٢].

* * *

(١) وجاء بالدر وشرحه أنه عزاه للخلاصة والترخانية.

(حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٥٧١).

(٢) فقد جاء بحاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٥٧١ : « قوله وبأن غير الأب... الخ، يوهم أ غير الأب له السفر به أيضا إذا كان عنده، ولم أر من ذكره ، بل قال القهستانى فلا يخرجه الأب إلا أن يستغنى ، ولا غيره ممن يستحق الحضانة نظرا للصغير».

موضوع رقم (٧)

مسكن الحضانة فى الفقة الحنفى

١١٥- تمهيد:

اذا لم يكن للحاضنة مسكن تقيم فيه مع الصغير- بالتفصيل الذى سنذكره- كان لها الحق فى مسكن للحضانة أو أجر مسكن للحضانة، ولما كان مسكن الحضانة من نفقة الصغير فان المسكن أو أجره يكون فى مال الصغير ان كان له مال، وان لم يكن له مال فيجب على من يلزم بنفقته. واذ كانت الحاضنة تقيم- غالبا- مع المحضون بالمسكن الذى تعده لسكناها، فان الوضع الغالب فى العمل أن الحاضنة تطالب بأجر مسكن الحضانة لا بتهيئة مسكن للحضانة، ولذلك سنرى أن بحثنا يدور حول أجر مسكن الحضانة.

١١٦- متى تستحق الحاضنة مسكن الحضانة او اجر مسكن الحضانة؟

ذهب الفقه الحنفى ورأى فى الفقه الحديث وجانب من أحكام القضاء إلى أن الحاضنة تستحق مسكن الحضانة أو أجر مسكن الحضانة اذا لم يكن لها مسكن مملوك لها تقيم فيه مع المحضون، فاذا كانت تملك مسكنا لا تقيم

فيه مع المحضون أو كانت تقيم مع المحضون فى مسكن أحد أقاربها أو تستأجر مكانا تقيم فيه معه فانها تستحق مسكن الحضانة أو أجر مسكن الحضانة[١].

---

(١) وقد جاء بحاشية ابن عابدين: «فى نفقات البحر عن التفاريق لا تجب فى الحضانة أجر المسكن. وقال آخرون: تجب ان كان للصبى مال والا فعلى من تجب عليه نفقته أ هـ. وفى النهر: وينبغى ترجيح عدم الوجوب لأن وجوب الأجر لا يستلزم وجوب المسكن بخلاف النفقة... الحاصل أن الأوجه لزومه لما قلنا، ولكن هذا انما يظهر لو لم يكن لها مسكن، أما لو كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعا لها فلا لعدم احتياجه اليه فينبغى أن يكون ذلك توفيقا بين القولين، ويشير اليه قول أبى حفص وليس لها مسكن، ولا يخفى أن هذا هو الأرفق للجانبين فليكن عليه العمل».

«التنوير وشرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ٣ ص٥٦١».

وقد جاء بالعقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ١ ص٥٨ (سئل) فى رجل طلق زوجته ثلاثا وانقضت عدتها ولها منه ابن صغير فى حضانتها وطلبت من أبيه مسكنا لهما هل يلزمه ذلك (الجواب) على الأب سكناهما جميعا........ الخ».

والمطلع على كتب الفقه يتبين أن الأئمة جميعا قد التزموا تعبيرا واحدا فى سرد هذا الاستثناء بأن استعملوا عبارة «اذا لكان للحاضنة مسكن». ولم يستعمل واحد منهم كلمة دار أو بيت أو منزل مثلا ومدلول كلمة مسكن لغة هو المكان المشغول فعلا بالسكنى بدليل قوله تعالى ﴿قالت نملة يا أيها النمل ادخلوا مساكنكم﴾ فقد عبر الله سبحانه وتعالى بالمساكن وهى جمع مسكن لأن النمل كانوا يسكنوها فعلا وكذلك قوله تعالى ﴿وسكنتم فى مساكن الذين ظلموا أنفسهم﴾ وقوله تعالى أيضا ﴿لقد كان لسبأ فى مسكنهم آية﴾. وعلى ذلك فكلمة مسكن انما تدل لغة على المكان المشغول فعلا بالسكنى ولا

وترتيبا على ما تقدم قضى بأن:

١- «وحيث أنه عن أجرة المسكن، فانه من المقرر فقها وقضاء أن الحاضنة تستحق أجرة المسكن اذا كانت لا تملك مسكنا تحضن فيه الصغير وأن السكنى واجبة لكل من الحاضنة والمحضون للحاجة، ويراعى عند تقديرها حالة المدعى عليه فالمنصوص عليه شرعا أن من لها امساك الصغير وليس لها مسكن مع الولد يكون على الأب سكناها وسكنى الولد ومنه يتبين أن السكنى واجبة لكل من الحاضنة والمحضون للحاجة وما دامت الحاجة قائمة فالوجوب مستمر».

(شبين الكوم الكلية- جلسة ١٩٨٦/١١/٢٥- الدعوي رقم ٢٧٥ لسنة ١٩٧٦ مستأنف).

٢- «وحيث أنه من المقرر شرعا أن أجرة مسكن الحضانة للصغير الفقير على والده الا اذا كانت الحاضنة تمتلك مسكنا وتقيم فيه فعلا فى البلد الذى تقيم فيه مع الصغير.. الخ».

(بركة السبع الجزئية- جلسة ١٩٨٧/١١/٣- الدعوى رقم ٢٠٢ لسنة ١٩٨٦).

كذلك البيت والدار والمنزل بدليل قوله تعالى﴿وأوحى ربك الى النمل أن اتخذى من الجبال بيوتا﴾ ولم يقل عز وجل اتخذى من الجبال مساكن لأن النمل لم تكن قد سكنت فعلا وكذلك الحال فى قوله تعالى ﴿وتنحتون من الجبال بيوتا﴾.

وكما أن اللغة على هذا المعنى فقد جرى العرف أيضا به وللعرف اعتباره. ولا شك أن استعمال اللام فى عبارة «إن كان للحاضنة مسكن» تفيد ضرورة أن يكون المسكن مملوكا للحاضنة لأن اللام للملك حقيقة والاصل الحقيقة. (المستشار صلاح الدين زغو ص ٣٤٣).

وذهب رأى فى الفـقـه الحـديث أيده جـانب من أحكام القـضـاء الى أن الحاضنة لا تستحق أجر مسكن الحضانة وان لم تكن تملك مسكنا تقيم فيه، اذا اندفعت حاجتها للمسكن، بأن كان لها حق الانتفاع أو السكنى، أو اذا كانت تسكن مع زوجها القريب للصغير قرابة محرمية أو حتى الأجنبى عنه فى مكان الحضانة لأن الطفل يسكن تبعا لها لا استقلالا وسكنها ونفقتها على زوجها، وسكنى الصغير لا تكلفها شيئا [1].

وقد ايدت المحكمة الدستورية العليا في حكم حديث لها صادر بتاريخ ١٩٩٦/١/١٨ في القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية دستورية هذا الراى وذهبت إلي ان :

مسكن الزوجية لايكون مقرا للمحضونين بالتطبيق للمادة ١٨ مكرراً ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إذا كان لحاضنتهم مسكن يأويهم ، تقيم هى فيه وليس لازما أن يكون مملوكا لها .

١١٧- من الملزم بأجر مسكن الحضانة؟

أجر مسكن الحضانة من نفقة الصغير، ويجب فى ماله ان كان له مال، فاذا لم يكن له مال فيجب على أبيه أو من تجب عليه نفقته.

---

(١) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص٧٦٩- الدكتور عبد العزيز عامر ص ٣٩٦- المنيا الكلية فى ١٩٥٦/١٢/٩- الدعوى رقم ١٩٥٦/٣٢٨ مستأنف.

وعلى ذلك هذا نصت المادة (١٨ مكررا ثانيا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بقولها: «اذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه... ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم...الخ».

وقد قضى بأن:

١- «وحيث أنه عن أجر الحضانة فمن المقرر أن الحضانة ما هى الا عمل من الأعمال وأن من يقوم بها يستحق أجرا فى مقابل هذا العمل والحاضنة ان كانت أما يبتدئ استحقاقها لأجر الحضانة من وقت قيامها بالحضانة فعلا.... بل لها فوق ذلك أجرة مسكن ان لم يكن لها مسكن وأن أجرة الحضانة والمسكن يلزم بها من تجب عليه نفقة الصغير وهو الأب».

(بندر المنيا الجزئية- جلسة ١٩٨٥/٤/٢٩- الدعوى رقم ٣ لسنة ١٩٨٥).

٢- «وحيث أنه من المقرر شرعا أن أجرة مسكن الحضانة للصغير الفقير على والده الا اذا كانت الحاضنة تملك مسكنا وتقيم فيه فى البلد الذى تقيم فيه مع الصغير».

(بركة السبع الجزئية- جلسة ١٩٨٧/١١/٣- الدعوى رقم ٢٠٢ لسنة ١٩٨٦).

١١٨- كيفية تقدير اجر مسكن الحضانة:

أجر مسكن الحضانة من نفقة الصغير، فهو يقدر بمثل ما تقدر به نفقته.

فاذا كان الملزم بأجر مسكن الحضانة هو الأب، فانه يقدر بحسب يساره، واذا كان الملزم به غير الأب يقدر بحسب كفاية الصغيرفى حدود يسار الملزم بالنفقة[1].

---

(١) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص٨٤٩.

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (١٨ مكررا ثانيا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - بالنسبة للأب - بقولها: «ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم».

١١٩- تاريخ استحقاق اجر مسكن الحضانة:

أجر مسكن الحضانة - كما أسلفنا - من نفقة الصغير ومن ثم فان الأب أو من يلتزم نفقة الصغير يلزم به شرعا وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة (١٨ مكررا ثانيا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أن تستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الانفاق عليهم[١]، وعلى ذلك اذا كان الأب هو الملزم بنفقة الصغير فانه يلزم بأجر مسكن حضانته من تاريخ الامتناع لا من تاريخ الحكم.

أما اذا كان الملزم به غير الأب فانه يستحق من تاريخ الحكم.

١٢٠- اجر مسكن الحضانة وتعدد المحضونين:

جرت بعض الأحكام على قاعدة مقتضاها أن السكنى واجبة للحاجة وما يكفى لسكنى محضون واحد يكفى لسكنى أكثر من واحدوبالعكس ما يكفى لسكنى أكثر من محضون لا يتغير اذا صار المحضون واحدا، فقضى بأنه متى اجتمع الأولاد فى سن الحضانة فى حضانة حاضنتهم وكان مفروضا لبعضهم أجرة مسكن كان هذا مانعا من فرض أجرة مسكن للبعض الآخر، فاذا فرض مثلا لأخوين أجرة مسكن وكان لهما ثالث يقيم فلا داعى اذن لفرض أجرة مسكن بالنسبة الى هذا الأخير، ويجب رفض الدعوى فى ذلك[٢].

---

(١) وهذه الفقرة وردت لأول مرة فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

(٢) مصر الابتدائية الشرعية، المحاماة الشرعية ١ لسنة ٥ العددان ١، ٢ ص١٣٣ رقم٤٧.

وقضى بأنه قد جرى العمل والعرف على عدم تجزئة المفروض لأجر الخدمة وسكنى الحضانة فاذا فرض للحاضنة أجرة خدمة ومسكن حضانة صغار ثم توفى أحدهم فانه لا يجوز طلب ابطال ما أصاب الصغير المتوفى فى هذه الأجرة لأن السكنى واجبة للحاجة وهى قائمة فالوجوب مستمر ومن يخدم شخصا يخدم أكثر والأجر واحد[١].

وبأن زوال يد الحاضنة عن بعض الصغار لا يوجب تخفيض أجرة المسكن اذا ظهر أن المفروض لها أقل من الكفاية[٢].

وجاء فى حكم آخر أنه لا يمكن شرعا تعدد مسكن الحضانة والخادم بتعدد الصغار لا يتجزأ كذلك أجر المسكن والخادم المفروض لهم جملة فلا يجاب الأب الى طلب ابطال ما خص الصغير المضموم من أجرتهما اعتبارا بالنفقة وباقى الأجور، ما دامت حاضنة لاخوته، لأن هذه غير تلك[٣].

وذهب بعض الفقهاء- بحق- الى أنه يجب ألا يؤخذ هذا الأمر على اطلاقه، فقد يكون لعدد المحضونين دخل فى تقدير الأجرة الخاصة بالمسكن، لأن ما يكفى صغير واحد قد لا يكفى لسكنى خمسة مثلا، وما يكون لخمسة قد لا يكون من العدل أن يظل كذلك اذا صار المحضون واحدا، ولا سيما اذا روعيت ظروف كل قضية على حدتها، فان حجرة واحدة، على سبيل المثال، قد تكفى لسكنى صغيرين أو ثلاثة، لكنها قد لا تكون كذلك اذا زاد عدد المحضونين، لاسيما اذا كانت الطبقة والحالة الاجتماعية والمالية لا تسمح بذلك[٤].

---

(١) ميت غمر الشرعية فى ١٩٥٣/١/٦.

(٢) محكمة اسنا الشرعية: المحاماة الشرعية السنة ١٩ ع ٤ص ٣٦٠ وما بعدها رقم ٧٥.

(٣) اجا الشرعية فى ١٩٣٦/١٢/٢١.

(٤) الدكتور عبد العزيز عامر ص٣٩٨.

١٢١- أثر الصلح على اجر مسكن الحضانة:

اذا كانت الحاضنة تملك مسكنا تقيم فيه مع الصغير، فامتنع عليها أن تستحق أجرة مسكن الحضانة، ومع ذلك تم الصلح على أجرة مسكن الحضانة للصغير مع علم الطرف الآخر بأن الحاضنة تملك مسكنا تقيم فيه مع الصغير، فان هذا يمنع اعتبارا من تاريخ سريانه من طلب اسقاط هذه الأجرة محل الصلح، لأن الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومات فيصار ما أمكن لتصحيحه صونا لتصرفات العقلاء من الالغاء[1].

١٢٢- مجال تطبيق أحكام اجر مسكن الحضانة فى المذهب الحنفى:

وضعت المادة (١٨مكررا ثالثا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥- كما سنرى- أحكاما خاصة بمسكن الحضانة فى حالة الطلاق وهى تختلف عن أحكام مسكن الحضانة المنصوص عليها فى المذهب الحنفى على ضوء ما قضت به المحكمة الدستورية العليا والتى عرضنا لها تفصيلا، ولذا يجب- منعا للبس- تحديد الحالات التى تطبق فيها أحكام مسكن الحضانة المنصوص عليها فى المذهب الحنفى وهذه الحالات هى :

١- اذا كان الولد يقيم فى غير مسكن الحضانة، كما لو كان طالب علم يسكن فى غير البلدة التى بها مسكن الحضانة.

٢- الفرقة بين الزوجين بغير الطلاق، كالفرقة التى ليست بطلاق وان احتسبت طلاقا أو فسخا كما لو تبين أن الزوجة أخت زوجها رضاعا أو أسلمت الزوجة وأبى زوجها الاسلام أو ارتد الزوج أو الزوجة عن الاسلام، أو ارتكبت الزوجة مع أحد أصول الزوج أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة، أو انتهاء الزواج بالايلاء أو اللعان.

٣- انتهاء الزواج بموت الزوجة.

---

(١) الدكتور عبد العزيز عامر ص ٣٩٤.

موضوع رقم (٨)
مسكن الحضانة فى القانون
رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

١٢٣- النص القانونى:

المادة (١٨ مكررا ثالثا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض احكام قوانين الاحوال الشخصية[١]:

«على الزوج المطلق أن يهيء لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب فاذا لم يفعل خلال مدة العدة، استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة.

واذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به اذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة.

ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها.

فاذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده اذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا.

وللنيابة العامة أن تصدر قرارا فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار اليه حتى تفصل المحكمة فيها»[١].

---

(١) وكان يقابل هذه المادة فى القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩- المقضى بعدم دستوريته - النص الآتى:

«للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر، ما لم يهيء المطلق مسكنا آخر مناسبا، فاذا انتهت الحضانة أو تزوجت =

١٢٤- دواعى النص وأساسه التشريعي:

أفصحت المذكرة الايضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ عن دواعى النص وأساسه التشريعى بقولها:

«اذا وقع الطلاق بين الزوجين وبينهما صغار فان المنازعة تثور بينهما فيمن يختص بمسكن الزوجية المؤجر للزوج هل تنفرد به المطلقة والصغار بوصفها حاضنة لهم أو ينفرد به المطلق باعتبار أنه المتعاقد؟ وحين نعود لأقوال الفقهاء نجد أنهم قالوا: ان من لها امساك الولد وليس لها مسكن فان على الأب سكناهما جميعا "الدر المختار للحصفكى فى كتاب الحضانة"»[1].

وجاء بتقرير اللجنة المشتركة من اللجنة التشريعية ومكتب لجنة الشئون الاجتماعية والأوقاف والشئون الدينية بمجلس الشعب عن النص المقابل بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ما يأتى:

= المطلقة فللمطلق أن يستقل دون مطلقته بذات المسكن اذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا.

وتختص المحكمة الابتدائية بالفصل فى الطلبين المشار اليهما فى الفقرة السابقة.

ويجوز للنائب العام أو المحامى العام اصدار قرار مؤقت فيما يثور من منازعات بشأن حيازة المسكن المشار اليه حتى تفصل المحكمة نهائيا فى النزاع».

وهذا القرار بقانون قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته بتاريخ ١٩٨٥/٥/٤ فى القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية دستورية.

(راجع أسباب الحكم وما ترتب على الحكم من آثار بالكتاب الأول بند ٤٨٦).

(١) وقد استعملت المذكرة الايضاحية عبارة «مسكن الزوجية المؤجر» على الرغم من أن المادة وردت فى الاقتراح بمشروع القانون كما وافق عليها مجلس الشعب شاملة للمسكن المؤجر وغير المؤجر، والذى نظنه أن واضعى المذكرة الايضاحية قد نقلوا العبارات الواردة بالمتن من المذكرة الايضاحية للقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ والتى وردت بها مطابقة لها تماما، كمسلكهم فى بعض المواضع الأخرى التى سنشير اليها فيما بعد.

«نتيجة لأزمة الاسكان الخانقة فقد تعددت المنازعات والأقضية التى تمثل صراعا بين الزوجين بعد الطلاق على الاستقلال بمسكن الزوجية وقد اختلف قرارات النيابة العامة والأحكام فى هذا الصدد، فبعضها كان يمكن الزوج ويطرد الزوجة بالأطفال ليواجهوا وحدهم تدبير مأوى لهم فى وقت عز فيه الحصول على مسكن، والبعض الآخر أبقى الطرفين المتنازعين فى المسكن مع ما فى ذلك من خطورة اجتماعية ومخالفة لأحكام الشرع فى حالات الطلاق البائن، والبعض الثالث مكن الزوجة والأولاد من المسكن، ولا شك أن بقاء هذا الحال دون علاج تشريعى أمر خطير تترتب عليه آثار خطيرة اجتماعيا وانسانيا ويقتضى العلاج والحسم السريع ومدار الرأى فى الفقه الحنفى أن من لها امساك الولد وحضانته وليس لها مسكن يلتزم الأب بسكناهما جميعا- وقد أخذت المادة الرابعة من القرار بقانون بهذا الحكم الشرعى فنصت على استقلال المطلقة الحاضنة لصغار مع صغارها بمسكن الزوجية المؤجر وذلك ما لم يهيىء لها المطلق مسكنا آخر مناسبا شرعيا... الخ».

١٢٥- الأحكام الواردة بالمادة:

تضمنت المادة النص على خمسة أحكام رئيسية هى:

١- تهيئة المطلق لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب بدلا من استمرارهم دونه فى شغل مسكن الزوجية.

٢- استمرار الحاضنة وصغار المطلق فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق اذا لم يهيىء لهم المطلق المسكن المستقل المناسب.

٣- استرداد المطلق مسكن الحضانة بعد انتهاء مدة الحضانة.

٤- تخيير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها.

٥- اصدار النيابة العامة قرارات مؤقتة فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية.

ونتولى فيما يلى دراسة هذه الأحكام تفصيلا وقد رأينا أن نبدأ بالحكم الثانى.

أولا: استمرار الحاضنة وصغار المطلق فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق اذا لم يهئ لهم المطلق المسكن المستقل المناسب

١٢٦- متى يثبت الحق للحاضنة وصغار المطلق فى الاستمرار فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق؟

يثبت الحق للحاضنة وصغار المطلق فى الاستمرار فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق، اذا لم يهئ لهم المطلق المسكن المستقل المناسب خلال فترة العدة اذا كان المسكن مؤجرا، واذا لم يهئ لهم هذا المسكن فى أى وقت ولو بعد انقضاء العدة اذا كان المسكن مملوكا للمطلق.

(وسنرى أن المحكمة الدستورية العليا قضت بعدم دستورية التفرقة فى المدة التى يهئ فيها المطلق المسكن المستقل المناسب بين المسكن المؤجر وغير المؤجر)

ويجب على الحاضنة المطلقة الانتظار الى أن تنتهى عدتها شرعا قبل أن تقيم الدعوى بطلب الاستمرار فى شغل مسكن الزوجية مع صغارها دون المطلق لأن هذا الحق لا يثبت لها الا بعد انقضاء عدتها، فاذا رفعت دعواها خلال العدة كانت غير مقبولة.

وعلى المطلقة اذا أقامت دعواها أن تثبت طلاقها- عند الانكار- باشهاد طلاق المطلق لها، وأن تثبت أن المطلق لم يهئ لها ولصغارها منه مسكنا آخر مناسبا، وأن تقر بانقضاء عدتها منه.

١٢٧- الحاضنة التى يحق لها الاستمرار مع صغار المطلق فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق:

الحاضنة التى يحق لها الاستمرار مع صغار المطلق فى شغل «مسكن

الزوجية» دون المطلق، اذا لم يهيء المطلق لها ولصغاره المسكن المستقل المناسب هي الحاضنة لصغار المطلق، أى يجب لثبوت هذا الحق للحاضنة أن يكون الزوج قد طلق زوجته التى أنجبت منه صغاراً مازالوا فى سن الحضانة. أما اذا كانت الزوجية قد انتهت بين الزوجين بغير الطلاق، فان حاضنة الصغار من هذا الزواج لا يحق لها الاستمرار فى شغل مسكن الزوجية. ومثل ذلك أن ينتهى الزواج بوفاة الزوجة، أو ينتهى الزواج بالفرقة التى ليست بطلاق وان احتسبت طلاقا أو فسخا، كالايلاء واللعان وردة الزوج أو اتيانه فعلا بأصول الزوجة أو فروعها مما يوجب حرمة المصاهرة كأن يزنى بأم الزوجة أو بابنتها، أو الزواج بالأخت من الرضاعة.

وإذا كانت الفرقة بالطلاق فيستوى أن يكون الطلاق رجعيا أو بائنا، بارادة الزوج أو بحكم القاضى.

وهذا الذى أوردناه يفصح عن أن المشرع لم يستهدف من الحكم الوارد بالمادة حماية الصغار وحاضنتهم بقدر زيادة أعباء المطلق بقصد الترغيب عن الطلاق.

ويثبت هذا الحق للحاضنة ولو لم تكن والدة الصغار، وسواء كانت من أقارب أم الصغار أو من أقارب ابى الصغار المطلق، أما اذا انتقلت الحضانة الى حاضن، فلا يثبت له هذا الحق لأن النص جعل هذا الحق «للحاضنة».

ويفصح عن ذلك أن النص جاء مطلقا «على الزوج المطلق أن يهيء لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب»، وقد أبرزالنص تخصيص المسكن للصغار بالدرجة الأولى وللحاضنة بالتبعية لهم، ولفظ «حاضنتهم» يفيد تعميم الحكم على الحاضنة أيا كانت.

وهذا الحكم مستحدث فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ذلك أن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ كان يقضى بأن «للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية...»، فكان حكمها قاصرا على المطلقة الحاضنة أى والدة الصغير المحضون.

وإذا كانت الحاضنة من المحارم بالنسبة للزوج المطلق كأخته مثلا، فلا يوجد مبرر لحرمانه من الإقامة بالمسكن مع أولاده المحضونين.

والأصل أن حضانة الصغار تكون للأم مالم تحرم منها بحكم قضائى[(١)].

١٢٨ : عدم دستورية إلزام المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ولو كان لهم مال او كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه:

المستفاد من عموم نص المادة ١٨ مكررا (ثالثا) سالفة الذكر أنها تلزم المطلقة بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ولو كان لهم مال حاضر يكفى لسكناهم، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه، مؤجرا كان أم غير مؤجر. إلا أن المحكمة الدستورية العليا قضت فى حكمها **الصادر بتاريخ ١٨ يناير سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية «دستورية»**[(٢)] **بعدم دستورية** المادة ١٨ مكررا ثالثا فيما نصت عليه وتضمنته من إلزامها المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ولو كان لهم مال حاضر يكفى لسكناهم، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه، مؤجرا كان أم غير مؤجر.

ونعرض أسباب الحكم فيما يلى :

المحكمة

---

(١) الدكتور محمد حسين منصور مسكن الزوجية بين قانون إيجار الأماكن وقانون الأحوال الشخصية ص ٣٧.

(٢) الجريدة الرسمية – العدد ٣ فى ١٨ يناير سنة ١٩٩٦.

بعد الاطلاع على الأوراق والمـداولة.

حيث إن الوقائع - على مايبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليها الثالثة، كانت قد أقامت الدعوى رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٥ مدنى كلى مساكن الإسكندرية ضد المدعى، بطلب تمكينها وابنته منها - المحضونة لها- «بجلاء» من مسكن الزوجية المبين بالأوراق، وبجلسة ١٩٨٥/١٠/١٥ - المحددة لنظر تلك الدعوى - دفع المدعى بعدم دستورية المـادة ١٨ مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصيـة، وبجلسة ١٩٨٥/١٢/١٠ صرحت محكمة الموضوع للمـدعى- بعد تقديرها لجدية دفعه- بإقامة الدعوى الدستورية، فرفعها.

وحيث إن المدعى ينعى على المـادة (١٨) مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعـدل بالقـانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - المشـار إليـهـما - مخالفتـها للمـادتين (٢، ٣٤) من الدستور، تأسيسا على أن الإسلام- وفقا لنص المـادة الثانية من الدستور - هو دين الدولة، وأن الشريعة الإسلامية - فى مبادئها - هى المصدر الرئيسى للتشريع، وأن الطلاق - وهو مقرر للزوج بنص شرعى - لايجوز تقييده بما يمس أصل الحق فيه، ذلك أن الحق فى الطلاق مكفول لكل زوج حملا على أحوال المسلمين بافتراض صلاحهم وتقواهم، وهم لايمارسون هذا الحق انحرافا، أو التواء، أو إضرارا، بيد أن النص المطعون فيه، صاغ القواعد التى قررها، ممالأة منه لفئة لاتعنيها إلا مصالحها الضيقة التى لايحميها الشرع، محمّلاً من يباشرون ذلك الحق -

وبقصد تقييده- بأعباء مالية ونفسية تدفعهم إلى العدول عنه، ولو قام موجبه، حال أن الطلاق أمر عارض على الحياة الزوجية، ولا يلجأ الزوج إليه إلا إذا صار استمرارها والتوفيق بين الزوجين - رأبا لصدعها - مستحيلا أو متعذرا، بما مؤداه أن النص المطعون فيه لايبلور إلا تيارا دخيلا يتوخى هدم الحقوق لا إعمالها، توهما لخصومة بين طرفين، وإهدارا لقوامة الرجل على المرأة، وإنفاذا لمساواة مغلوطة بينهما، وأنحيازا لقيم مستوردة بتغليبها على حقائق الدين، وتهوينا لاستقرار الأسر داخل مجتمعها بقصد إضعافها، وتعقيدا لأزمة طاحنة فى الإسكان، بدلا من الحد منها تخفيفا لوطأتها، بعد أن استعر لهيبها، ونشأ عنها نوع من الجرائم لم يكن مألوفا من قبل، وليس إلزام المطلق بأن يوفر لصغاره من مطلقته سكنا مناسبا، إلا تكليفا بمستحيل فى ظل أزمة الإسكان هذه، التى تحول بضغوطها - التى عَمَّقها النص المطعون فيه - دون مباشرة الرجل للحق فى الطلاق ليغدو وهما، يؤيد ذلك أن حمل المطلق على التخلى عن مسكن الزوجية، بعد أن أعده مستنفدا كل ما ادخره، ناهيك عن الديون التى لازال يرزح تحتها، يعنى أن يصبح هائما شريدا.

وكان من المفترض - وقد التزم شرعا بالإنفاق على صغاره - أن تكون نفقتهم مبلغا من المال، غير أن النص المطعون فيه، استعاض عن تمليكها بالتمكين منها، مخالفا بذلك ماكان عليه العمل من قبل، متجاهلا حدة أزمة الإسكان، وهو ماقام الدليل عليه من قصره مجال تطبيق الأحكام التى أقرها، على حل رابطة الزوجية بالطلاق دون غيره من فرق النكاح، فكان عقابا باهظا واقعا على المطلق، محملا إياه بأعباء ينوء بها، متمحضا إضرارا منهيا عنه شرعا، لقوله تعالى (لاتضار والدة بولدها، ولامولود له بولده)، وهو ما يعنى أن الولد لايجوز أن يكون سببا لإلحاق الضرر بأبيه، وقد كان هو سببا

لوجوده، ليكون استقلال الصغار من دون أبيهم بمسكن الزوجية، إثما وبغيا.

وفضلا عما تقدم، فقد أخل النص المطعون فيه بحرمة الملكية، ذلك أن صغار المطلق يستقلون من دون أبيهم بسكناه، ولو كانت عينا يملكها، ليحرم من الانتفاع بها، وإلى أن يوفر لصغاره وحاضنتهم مسكنا بديلا عنها، فى الآجال التى ضربها المشرع.

وحيث إن المادة ١٨ مكررا ثالثا - المطعون عليها - تنص على ما يأتى:

«على الزوج المطلق أن يهيىء لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال فترة العدة، استمروا فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق مدة الحضانة.

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر، كان من حق الزوج المطلق، أن يستقل به إذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة، ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية، وبين أن يقرر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين، ولها.

فإذا انتهت مدة الحضانة، فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده، إذا كان من حقه الاحتفاظ به قانونا.

وللنيابة أن تصدر قرارا فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه، حتى تفصل المحكمة فيها».

وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها أن تكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى

الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم الصادر فى المسائل الدستورية لازما للفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها، والمطروحة على محكمة الموضوع، متى كان ذلك، وكانت الفقرتان الأولى والثانية من هذا النص، تكفلان لصغار المطلق وحاضنتهم، الاستقلال بمسكن الزوجية فى الآجال والأحوال المبينة بهما، وكانت فقرتها الثالثة تقرر التزاما تخييريا يكون فيه المحل متعددا، ومن ثم تتضامن هذه المحال فيما بينهما، لتبرأ ذمة المدين بالوفاء بأيها – بافتراض استيفاء كل منها للشروط التى تطلبها القانون فيه – سواء أكان الخيار للمدين – وهذا هو الأصل عملا بنص المادة ٢٧٥ من القانون المدنى– أم كان الخيار للدائن بناء على اتفاق فيما بين العاقدين، أو إنفاذا لنص فى القانون، مثلما هو مقرر بالفقرة الثالثة من النص المطعون فيه، التى تخول الحاضنة – وبافتراض نيابتها عن المحضونين المفوضين – الخيار بين الاستقلال بمسكن الزوجية، وبين أن يقدر القاضى أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها، وهو مايفيد إمكان رفضها الحصول على هذا الأجر، وطلبها مسكن الزوجية، لتقوم المصلحة الشخصية المباشرة للمدعى فى الطعن على المادة ١٨ مكررا ثالثا – المشار إليها – بفقراتها الثلاث دون غيرها.

ذلك أن فقرتها الرابعة، تخول المطلق أن يعود بعد انتهاء حضانة صغاره إلى مسكن الزوجية إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا، وهو ما يتمحض لمصلحته كذلك فإن فقرتها الأخيرة لاتفصل فى موضوع الحقوق المدعى بها، ولكن فى منازعات الحيازة التى يكون مسكن الزوجية مدارها، ليكون قرار النيابة فى شأنها وقتيا، فاصلا فيما يستبين لها من أوضاع الحيازة على ضوء ظاهر الأمر فيها، وهو ماتراجعها فيه المحكمة ذات الاختصاص للفصل فى ثبوت الحيازة لأحد الطرفين المتنازعين، دون إخلال بأصل الحق المردد بينهما.

وحيث إن البين من مُضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب، المعقودة فى أول يوليو سنة ١٩٨٥، أن آراء عديدة أبداها رئيس المجلس وأعضاؤه فى شأن نص المادة ١٨ مكررا ثالثا، سواء بتأييد مشروعها، أو الاعتراض على بعض جوانبه لتقييده.

وقد رفض المجلس بوجه خاص اقتراحين قدما إليه، أولهما - ألا يستقل صغار المطلق وحاضنتهم بمسكن الزوجية من دونه إذا كان لها مسكن تقيم فيه، أو كان للصغار مال يكفيهم للإنفاق منه لتدبير مسكن يضمهم مع حاضنتهم، وثانيهما - أن يختص كل من المطلق وصغاره بجزء مستقل من مسكن الزوجية، توفيقا بين مصالحهم، ودفعا لتعارضهما.

وجاء بالمذكرة الإيضاحية للنص المطعون فيه، أن وقوع الطلاق يثير فيما بين الزوجين نزاعا حول مسكن الزوجية، وهل يخلص لصغار المطلق وحاضنتهن، أم لأبيهم من دونهم باعتباره المتعاقد عليه، وأن ماقرره بعض الفقهاء من أن على أبيهم سكناهم جميعا إذا لم يكن لمن لها إمساكهم، مسكن، يعنى أن لحاضنتهم أن تستقل معهم - بعد الطلاق - بمسكن الزوجية المؤجر لأبيهم المطلق، إلا إذا هيأ لهم مسكنا مناسبا يقيمون فيه، ليعود إلى المطلق بعد انتهاء حضانتها، أو بعد زواجها، إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا.

وحيث إن الرقابة على الشرعية الدستورية - وعلى ماجرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا - تتناول - بين ما تشتمل عليه - الحقوق التى كفلها الدستور، وإهدارها النص المطعون فيه ضمناً، سواء كان الإخلال بها مقصوداً ابتداء، أم كان قد وقع عرضاً.

وحيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد كذلك، على أن مانص عليه الدستور فى مادته الثانية - بعد تعديلها فى سنة ١٩٨٠ - من أن مبادىء الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع، إنما يتمحض عن قيد يجب على السلطة التشريعية أن تتحراه وتنزل عليه في تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل - ومن بينها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية - فلا يجوز لنص تشريعى أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى يكون الاجتهاد فيها ممتنعا، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادؤها الكلية، وأصولها الثابتة التى لاتحتمل تأويلا أو تبديلا.

ومن غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان، إذ هى عصية على التعديل، ولايجوز الخروج عليها، أو الالتواء بها عن معناها، وتنصب ولاية المحكمة الدستورية العيا فى شأنها، على مراقبة التقيد بها، وتغليبها على كل قاعدة قانونيه تعارضها، ذلك أن المادة الثانية من الدستور، تقدم على هذه القواعد، أحكام الشريعة الإسلامية فى أصولها ومبادئها الكلية، إذ هى إطارها العام، وركائزها الأصلية التى تفرض متطلباتها دوما بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها، وإلا اعتبر ذلك تشهيا وإنكارا لما علم من الدين بالضرورة، ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو بهما معا، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها، ولاتمتد لسواها، وهى بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان، لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيما لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعا، ولايعطل بالتالى حركتهم فى الحياة، على أن يكون الاجتهاد دوما واقعا فى إطار الأصول الكلية للشريعة بما لايجاوزها، ملتزما ضوابطها

الثابتة، متحريا مناهج الاستدلال على الأحكام العملية، والقواعد الضابطة لفروعها، كافلا صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمـال.

وحيث إن البين من استقراء الأحكام التى بسطها الفقهاء فى شأن النفقة - سواء كان سببها عائدا إلى علائق الزوجية، أم إلى القرابة فى ذاتها - وأيا كان نوعها - بما فى ذلك مايقوم من صورها بين الأصول والفروع، أنهم اختلفوا فيما بينهم فى عديد من مواضعها، إما لخفاء النصوص المتعلقة بها من جهة اتساعها وتعدد تأويلاتها، وإما لتباين طرائقهم فى استنباط الأحكام العملية - فى المسائل الفرعية والجزئية التى يدور الاجتهاد حولها - من النصوص وأدلتها، والترجيح بينها عند تعارضها، اختيارا لأصحها وأقواها وأولاها، وهو ما يفيد أن النفقة بمختلف صورها، وفى مجمل أحكامها - وفيما خلا مبادئها الكلية - لاينتظمها نص قطعى يكون فاصلا فى مسائلها.

وحيث إن النفقة شرعا هى الإدرار على الشىء بما فيه بقاؤه، وهى فى أصل اشتقاقها تعد هلاكا لمـال من جهة المنفق، ورواجا لحال من جهة المنفق عليه، ويشمل مصطلحها كل صورها من إنفاق على إنسان أو حيوان أو طير أو زرع، لأن فيها معنى إخراج مال لإيفائهم حاجتهم، وصونها.

ولاينال من ذلك قول أهل اللغة أيضا، بأنها ماينفقه الإنسان على عياله ونحوهم، فإنه بيان لحقيقة مدلولها وعلى تقدير أن مسكن الصغير من مشمولاتها.

وإذ كان الأصل أن يقوم الزوج بالإنفاق على زوجته ليوفر لها احتياجاتها، ويعينها على التفرغ لواجباتها جزاء لا حتباسها لمصلحة تعود عليه، وكان من

المقرر كذلك أن للزوجة أن تأخذ من مال زوجها - إذا منعها مُؤْنتها - مايكفيها هى وأولادها منه معروفا، وبغير إذنه، وكانت علاقة المرء بذوى قرباه - من غير أبنائه - تقوم على مجرد الصلة - ولو لم تكن صلة محرمية - إلا أن الولد ليس إلا زرع أبيه، بل هو من كسبه وجزؤه، وبعض منه، وإليه يُنْكون منتسبا، فلا يلحق بغيره.

وهذه الجزئية أو البعضية، مرجعها إلى الولاد، وليس ثمة نفع يقابلها ليكون فيها معنى العوض، ومن ثم كان اختصاص الوالد بالإنفاق على صغاره أصلا ثابتا لاجدال فيه، بحسبان أن قرابتهم منه مفترض وصلها، محرم قطعها بالإجماع، ولأن نفقتهم من قبيل الصلة، بل هى من أبوابها، باعتبار أن الامتناع عنها مع القدرة على إيفائها - حال ضعفهم وعجزهم عن تحصيل حوائجهم - مفض إلى تفويتها، فكان الإنفاق عليهم واجبا، فلا تسقط نفقتهم بفقر آبائهم ولا يتحللون منها، بل عليهم موالاة شئون أبنائهم، العاجزين عن القيام بما يكفل إحياءهم وصون أنفسهم، مما يهلكها أو يضيعها.

وهم كذلك مسئولون عن تكميل نفقتهم، إذا كانوا يتكسبون، وما برحوا عاجزين عن إتمامها، فلا يمنعهم الآباء ما يستحقون، إعمالا لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ولقوله عليه الصلاة والسلام (كفى بالمرء إثما أن يضيع من يعول) ذلك أن نفقتهم تقتضيها الضرورة، وبقدر مايكون لازما منها لضمان كفايتهم على ضوء ما يليق بأمثالهم، فلا تكون اقتارا، ولا سرفا زائدا عما اعتاده الناس، ولاتستطيل بالتالى إلى مايجاوز احتياجاتهم عرفا.

بل إن من الفقهاء من استدل على وجوبها على الآباء، من أنهم كانوا في الجاهلية يقتلون أولادهم خوفا من الاملاق وما كانوا ليخافوه لولا أن نفقتهم عليهم، فنهاهم الله تعالى عن قتلهم.

ومن ثم قيل بأمرين: أولهما - أن الإخلال بنفقتهم يكون مستوجبا حبس من قصر في أدائها ممن التزم بها، باعتبار أن فواتها ضياع لنفس بشرية سواء في بدنها، أو عقلها، أو عرضها، ثانيهما - أنه إذا كان للصغار مال حاضر، فإن نفقتهم تكون في أموالهم ولا شأن لأبيهم بها، فإذا كان مالديهم من مال لايكفيها، أو لم يكن لديهم مال أصلا، اختص أبوهم من دونهم بتكملتها، أو بإيفائها بتمامها، فلا يتحمل غيره بعبئها.

وحيث إن المدعى لاينازع في أصل الحق في نفقة صغاره، ولا في شروط استحقاقها، ولا في إن نفقتهم غير مقدرة بنفسها، بل بكفايتها، وإنما تثور دعواه الدستورية حول مشروعية القيود التي فرضها النص المطعون فيه على كل مطلق، قولا بأن هدفها الحد من الحق في الطلاق، وأن إعناتها يتمثل في إلزامهم إسكان صغارهم من مطلقاتهم، بدلا عن أجرة المسكن التي كان العمل بها جاريا قبل نفاذ النص المطعون فيه، بما مؤداه أن «عينية» نفقتهم «لا مبلغها»، هي مدار دعواه هذه، وأن الفصل في دستورية النص المطعون فيه يتحدد على ضوئها، «ونطاق تطبيقها».

وحيث إن إنكار حق صغار المطلق في اقتضاء نفقتهم تمكينا، مردود أولا: بأن القاضي وإن كان يقدرها في ظل العمل بأحكام لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (المادتان ٦،٥ منها ومذكرتهما الإيضاحية) مبلغا نقديا يشمل

عناصرها جميعا، بما فيها السكنى، إلا أن من المقرر فى قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن أية قاعدة قانونية - ولو كان العمل قد استقر عليها أمدا - لاتحمل فى ذاتها مايعصمها عن العدول عنها، وإبدالها بقاعدة جديدة لاتصادم حكما شرعيا قطعيا - فى وروده ودلالته - وتكون فى مضمونها أرفق بالعباد، وأحفل بشئونهم، وأكفل لمصالحهم الحقيقية التى تشرع الأحكام لتحقيقها وبما يلائمها، فذلك وحده طريق الحق والعدل، وهو خير من فساد عريض.

ومن ثم ساغ الاجتهاد فى المسائل الاختلافية التى لايجوز أن تكون أحكامها جامدة بما ينقض كمال الشريعة ومرونتها.

وليس الاجتهاد إلا جهدا عقليا يتوخى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، وهو بذلك لايجوز أن يكون تقليدا محضا للأولين، أو افتراء على الله كذبا بالتحليل أو التحريم فى غير موضعيهما، أو عزوفا عن النزول على أحوال الناس والصالح من أعرافهم.

وإعمال حكم العقل فيما لانص فيه، توصلا لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بين عباده، مرده أن هذه القواعد تسعها الشريعة الإسلامية، إذ هى غير منغفلة على نفسها، ولا تضفى قدسية على أقوال أحد من الفقهاء فى شأن من شئونها، ولاتحول دون مراجعتها، وتقييمها، وإبدالها بغيرها.

فالآراء الاجتهادية ليس لها - فى ذاتها - قوة ملزمة متعدية لغير القائلين بها، ولايجوز بالتالى اعتبارها شرعا ثابتا متقررا لايجوز أن ينقض، وإلا كان ذلك نهيا عن التأمل والتبصر فى دين الله تعالى، وإنكارا لحقيقة أن الخطأ

محتمل فى كل اجتهاد، بل إن من الصحابة من تردد فى الفتيا تهيبا، ومن ثم صح القول بأن اجتهاد أحد من الفقهاء ليس أحق بالاتباع من اجتهاد غيره، وربما كان أضعف الآراء سندا، أكثرها ملاءمة للأوضاع المتغيرة، ولو كان مخالفا لأقوال استقر عليها العمل زمنا، ولئن جاز القول بأن الاجتهاد فى الأحكام الظنية، وربطها بمصالح الناس عن طريق الأدلة الشرعية - النقلية منها والعقلية - حق لأهل الاجتهاد، فأولى أن يكون هذا الحق ثابتا لولى الأمر يستعين عليه- فى كل مسألة بخصوصها وبما يناسبها - بأهل النظر فى الشئون العامة، إخمادا للثائرة وبما يرفع التنازع والتناحر ويبطل الخصومة، على أن يكون مفهوما أن اجتهادات السابقين، لايجوز أن تكون مصدرا نهائيا أو مرجعا وحيدا لاستمداد الأحكام العملية منها، بل يجوز لولى الأمر أن يشرع على خلافها، وأن ينظم شئون العباد فى بيئة بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة، بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله، مستلهما فى ذلك حقيقة أن المصالح المعتبرة، هى التى تكون مناسبة لمقاصد الشريعة متلاقية معها، وهى بعد مصالح لاتتناهى جزئياتها، أو تنحصر تطبيقاتها، ولكنها تتحدد- مضمونا ونطاقا - على ضوء أوضاعها المتغيرة.

وليس ذلك إلا إعمالا للمرونة التى تسعها الشريعة الإسلامية فى أحكامها الفرعية والعملية المستجيبة بطبيعتها للتطور، والتى ينافيها أن يتقيد ولى الأمر فى شأنها بآراء بذاتها لايريم عنها، أو أن يقعد باجتهاده بصددها، عند لحظة زمنية معينة، تكون المصالح المعتبرة شرعا قد جاوزتها.

وتلك هى الشريعة الإسلامية فى أصولها ومنابتها، متطورة بالضرورة، نابذة الجمود لايتقيد الاجتهاد فيها - وفيما لانص عليه - بغير ضوابطها الكلية،

وبما لايعطل مقاصدها.

ومردود ثانيا: بأن كلمة النفقة عند إطلاقها، تفيد انصرافها إلى مشتملاتها مما تقوم بها من طعام وكسوة وسكنى، أو هى - على حد قول الحنابلة - مؤنة الشخص خبزا وأدما وكسوة وسكنا وتوابعها، باعتبارها من الحوائج الأصلية للمنفق عليه.

والأصل فيها أن تكون عينا،فلا يصار حق الصغار بشأنها إلى مايقابلها نقدا - باعتباره عوضها أو بدلها - إلا إذا كان استيفاء أصلها متعذرا.

وليس معروفا أن يكون إنفاق الوالد على صغاره تمليكا معلوم القدر والصفة، بل يتعين أن يكون تمكينا يُعينهم على أمر حوائجهم، ليوفيها دون زيادة أو نقصان.

وهذا الأصل قائم على الأخص فى مجال العلائق الزوجية لقوله عليه الصلاة والسلام (أطعموهن مما تأكلون وأكسوهن مما تكتسون)، وهو مقرر كذلك فى الزكاة لوقوعها فى عين أموالها لقوله عز وجل (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها).

واستصحابا لهذا الأصل لاتخرج المطلقة من مسكنها طوال عدتها، سواء كان طلاقها من زوجها رجعيا أم بائنا، ذلك أن طلاقها رجعيا، يعنى أن علاقة الزوجية لاتزال قائمة، وأن بقاءها فى بيته قد يُغريه بإرجاعها إليه، استئنافا لحياتهما، فإن كان طلاقها منه بائنا، فإن مكثها فى منزل الزوجية يكون استبراء لرحمها لا استثناء من ذلك فى الحالتين، إلا أن تأتى عملا فاحشا.

وقد أحال الله تعالى المؤمنين فى كفاراتهم إلى عاداتهم قائلا (فإطعام عشرة

مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم أو كسوتهم).

متى كان ذلك، وكان الحق هو الحسن شرعا، والباطل هو القبيح شرعا، فإن تقرير حق الصغار فى نفقتهم من خلال إبدال مبلغها بعينيتها، لايكون التواء عن الشرع، ولا ضلالا يقابل الحق ويُضَاده.

ومردود ثالثا: بأن الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين، كثيرا ما قرروا أحكاما متوخين بها مطلق مصالح العباد جلبا لنفعهم، أو دفعا لضرهم، أو رفعا للحرج عنهم، باعتبار أن مصالحهم هذه لاتنحصر جزئياتها، وأنها تتطور على ضوء أوضاع مجتمعاتهم وليس ثمة دليل شرعى على اعتبارها أو إلغائها.

وإذ لم يعد للنفوس - من ذاتها - زاجر يردعها عن إنكار حق الصغار فى نفقاتهم أو المطل فى أدائها - فيما إذا كان قدرها محددا مبلغا من النقود - مما قد يحمل حاضنتهم على التردد بهم على ذويها يقبلونهم على مضض، أو يصدونهم، يضيقون بهم ذرعا، أو يعرضون عنهم، بما يهدد حياتهم وعقولهم وأعراضهم، فقد بات حقا وواجبا، أن يتدخل المشرع لرد ماقدره ظلما بينا، وأن يعيد تنظيم الحقوق بين أطرافها مبينا اقتضائها، مستلهما أن الأصل فى الضرر أن يزال فلا يتفاقم، وأن الضرر لايكون قديما، فلا يتقادم، وأن القرابة القريبة ينبغى وصلها، والقبول بأهون الشرين فى مجالها توقيا لأعمهما.

ومن ثم قدر المشرع - بالنص المطعون فيه - أن ينقل حق هؤلاء الصغار من نفقة يفرضها القاضى مبلغا من النقود، إلى عين محقق وجودها، هى تلك التى كانوا يشغلونها مع أبويهم قبل طلاق أمهم، ليظل حقهم متصلا بها لايفارقونها، إلا إذا بوأهم أبوهم مسكنا مناسبا بديلا عنها.

ولا منافاة فى ذلك للشريعة الإسلامية سواء فى مبادئها الكلية أو مقاصدها النهائية، بل هو أكفل لدعم التراحم والتواصل بين أفراد الأسرة الواحدة، بما يرعى جوهر علاقتهم بعضهم ببعض، فلا يقوض بنيانها.

ومردود رابعاً بأن ما قرره المدعى من أن المطلق يتعذر عليه أن يوفر سكناً لصغاره وحاضنتهم إزاء حدة أزمة الإسكان، وعمق تداعياتها، يعنى أن تقدير نفقتهم مبلغاً من النقود مشتملاً على سكناهم، لن يكون كافياً لتهيئتها، إذ لو كان بوسعهم استيفاء حقهم من السكنى من خلال أجر مسكن يحصلون عليه من أبيهم، لكان الاعتراض على عينية نفقتهم لغواً.

وحيث إن عينية النفقة على ما تقدم، لا تفيد لزوماً انتفاء القيود اللازمة لضبطها، ولا تحول بالتالى دون مباشرة المحكمة الدستورية العليا لرقابتها القضائية فى شأن مضمون الحقوق التى خولها النص المطعون فيه لصغار المطلق وحاضنتهم، للفصل فى اتفاقها مع الدستور، أو خروجها عليه.

وحيث إن الفقرتين الأولى والثانية من النص المطعون فيه، صريحتان فى استقلال الصغار مع حاضنتهم بمسكن الزوجية، فيما إذا تقاعس المطلق عن أن يعد لهم مسكناً ملائماً يضمهم جميعاً.

بيد أن ربط هاتين الفقرتين ببعضهما، يدل على تبنيها تمييزاً تحكيماً بين فئتين من المطلقين: ذلك أنه بينما تلتزم إحداهما - إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً - أن توفر لصغارها من مطلقاتهم - مع حاضنتهم - مسكناً مناسباً خلال فترة زمنية لا تجاوز على الإطلاق عدة مطلقاتهم، وإلا ظل الصغار من دون أبيهم شاغلين مسكن الزوجية، لا

يخرجون منه إلا بعد انتهاء مدة حضانتهم بأكملها، فإن أخراهما – التى يكون مسكنها هذا غير مؤجر – يكيفها أن توفر لصغارها مع حاضنتهم مسكناً مناسباً يفيئون إليه، ولو كان ذلك بعد انتهاء عدة مطلقاتهم، لا يتقيدون فى ذلك بأمن معين.

وحيث إن الأصل فى كل تنظيم تشريعى أن يكون منطوياً على تقسيم، أو تصنيف، أو تمييز من خلال الأعباء التى يلقيها على البعض، أو عن طريق المزايا، أو الحقوق التى يكفلها لفئة دون غيرها، إلا أن اتفاق هذا التنظيم مع أحكام الدستور، يفترض ألا تنفصل النصوص القانونية التى نظم بها المشرع موضوعاً محدداً، عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التى توخاها، بالوسائل إليها، منطقياً، وليس واهياً أو واهناً، بما يخل بالأسس الموضوعية التى يقوم عليها التمييز المبرر دستورياً.

ومرد ذلك، أن المشرع لا ينظم موضوعاً معيناً تنظيماً، مجرداً أو نظرياً، بل يتغيا بلوغ أغراض بعينها، تعكس مشروعيتها إطاراً لمصلحة عامة لها اعتبارها، يقوم عليها هذا التنظيم، متخذاً من القواعد القانونية التى أقرها، مدخلاً لها. فإذا انقطع اتصال هذه القواعد بأهدافها، كان التمييز بين المواطنين فى مجال تطبيقها، تحكمياً، ومنهياً عنه بنص المادة ٤٠ من الدستور.

وحيث إنه متى كان ذلك، وكان ما قرره النص المطعون فيه من تمييز بين فئتين من المطلقين، لا يعدو أن يكون تقسيماً تشريعياً لا يقيم علاقة منطقية بين الأسس التى يقوم عليها، والنتائج التى ربطها المشرع بها، بل توخى هذا التمييز – وعلى ما يبين من مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب المعقودة فى أول يوليو ١٩٨٥ – فرض قيود واقعية على الطلاق، كى لا

يكون إسرافاً، فجاء بذلك نافياً لكل علاقة مفهومة بين طبيعة الرابطة القانونية التى ارتبط بها المطلق فى شأن مسكن الزوجية - إجارة كانت، أم إعارة، أم ملكاً، أم انتفاعاً، أم حق استعمال، أم غير ذلك من العلائق القانونية - وبين التزام هذا المطلق بأن يوفر لصغاره وحاضنتهم مسكناً مناسباً يأويهم كبديل عن مسكن الزوجية، ذلك أن حق الصغار وحاضنتهم ليس متعلقاً بعين المكان الذى كان يظلهم مع أبويهم قبل الطلاق، بل يقوم حقهم منحصراً فى مكان يهجعون إليه، يكون مناسباً شرعاً لأمثالهم، فلا يكون إعداده مقيداً بزمن معين.

وإذ كان تنظيم الحقوق لا يجوز لغير مصلحة واضحة يقوم الدليل على اعتبارها، وكان غير المتصور أن يكون أمر المطلق رهقاً سواء من خلال تنظيم تشريعى جائز، أو عن طريق إساءة الصغار - أو حاضنتهم - استعمال حقهم فى النفقة إضراراً بأبيهم، وكان من المقرر أن مسكناً مناسباً يتهيأ لهم من أبيهم سواء قبل انتهاء عدة مطلقته أو بعدها، هو ما تقوم به مصلحتهم فى النفقة التى لا يجوز ربطها على الإطلاق بما إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً أو غير مؤجر، إذ لا شأن لذلك بحق الصغار فى نفقتهم، ولا هو من مقاصدها.

ومتى كان ما تقدم، وكان الآباء المطلقون - فى علاقتهم بأبنائهم - تتماثل مراكزهم القانونية فيما بين بعضهم البعض، وكان النص المطعون فيه، قد مايز بينهم - فى نطاق هذه العلائق - بأن حد من حقوقهم فى إعداد مكان ملائم لسكني صغارهم إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً، مع بسطها إن كان غير مؤجر، فإن هذا التمييز لا يكون منطقياً، قائماً بالتالى على غير أسس موضوعية، ومنهياً عنه دستورياً، ذلك أن أشكال التمييز التى يناهضها

مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، وإن تعذر حصرها، إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد، أو تفضيل، أو استبعاد ينال بصورة تحكمية من الحقوق التى كفلها الدستور، أو القانون، أو كلاهما، بما فى ذلك تلك التى ترعى بنيان الأسرة، ولا تفرقها، وتصون قيمها وترسيها على دعائم من الخلق والدين، ضماناً لتراحمها وتناصفها.

وحيث أن النص المطعون فيه - فوق هذا يتمحض إعناتاً بالمطلق، وتكليفاً بما لا يطاق من جهتين.

اولاهما: أن عموم عبارته وإطلاقها من كل قيد، وكذلك الأعمال التحضيرية التى تكشف عنها مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب- المعقودة فى أول يوليو ١٩٨٥ - تدل جميعها على أن ما توخاه المشرع بالنص المطعون فيه، هو أن يوفر الأب لصغاره من مطلقته، ولحاضنتهم، مسكناً ملائماً، وإلا استمروا من دونه شاغلين مسكن الزوجية، ولو كان لهؤلاء الصغار مال يكفيهم للإنفاق عليهم.

فقد رفض مجلس الشعب اقتراحاً مقدماً من أحد أعضائه مؤداه أن تهيئة مسكن للصغار من أبيهم بعد طلاق أمهم، ينبغى أن يكون مقيداً بألا يكون لحاضنتهم مسكن يخصها، ولا لصغاره مال ينفقون منه على سكناهم.

وقيل تبريراً لهذا الرفض، أن أباهم يقوم الآن بالإنفاق عليهم، ولو ورثوا عن بعض أقاربهم، أو تلقوا عن أمهم، مالاً.

وإذ كان الأصل المقرر شرعاً أن مؤنة الحضانة تكون فى مال المحضون، فإن لم يكون للمحضون مال، فعلى من تلزمه نفقته، وكان هذا الأصل مردداً بنص الفقرة الأولى من المادة ١٨ مكرراً ثانياً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة

١٩٢٩ - المشار إليه - التى تقضى بأنه إذا لم يكن للصغير مال فنفقته، على أبيه، وكان حق الصغار فى الانفاق عليهم، يتوخى إحياءهم، وليس حقاً لحاضنتهم عوضاً عن احتباسها لشئونهم، وكان الأصل فى نفقتهم أنهم عاجزون بدونها عن تحصيل حوائجهم، وأن استيفاءهم لها بقدر كفايتهم يعد معروفاً، وأن تأسيسها على حاجتهم، يثبتها على أبيهم، حتى مع اختلافهم ديناً، وكان استواء آباء الصغار مع أمهاتهم فى الولاد، لا يسقط نفقتهم عن آبائهم، بل ينفردون بها، إلا أن الحق فى طلبها مقيد دوماً بأن يكون تحصيلها حائلاً دون هلاكهم، أو ضياعهم. ولا كذلك أن يكون للصغير فضل من مال، ذلك أن الانفاق عليه من مال غيره لا يكون إلا تفضلاً، فلا تكون نفقته واجباً على أحد، ولا يجوز طلبها بالتالى شرعاً من أبيه طلباً لازماً يحتم أداءها، فقد انتفى موجبها، ولم يعد اقتضاؤها ضرورة يختل بفواتها نظام الحياة.

ولئن جاز القول بأن الأبوين قد يفيضان بأموالهما على أبنائهم، صوناً لأموالهم التى بين أيديهم مما قد يبددها أو ينتقص منها، إلا أن حدبهما على أبنائهم بما فطرا عليه، لا ينقض قاعدة شرعية أو ينحيها ويبدلها بغيرها، بل تظل نفقتهم فى أموالهم بقدر كفايتهم.

ثانيتهما: أنه وإن كان الأصل أن سكنى الصغار - عيناً - حق، وأنها جزء من نفقتهم بمدلولها لغة وعرفاً، وكان النص المطعون فيه يكفلها للصغار من مال أبيهم، ولو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه - وينتقلون إليه تبعاً لها - فإنه يكون بذلك مرهقاً - ودون مقتض - من يطلقون زوجاتهم - ولو كان الطلاق لضرورة لها موردها شرعاً -، مفضياً إلى وقوعهم كارهين فى الحرج،

ليكون إعناتهم منافياً للحق والعدل، ومشقتهم بديلاً عن التيسير عليهم، ليقترن الطلاق بالبأساء والضراء التى لا مخرج منهـا.

وما لـذلك تشرع الأحكام العـملية التى ينبغى أن تستقيم بها شئون العـباد ومصـالحهم، إذ لا يجوز أن يكون عبؤها فادحاً من خلال تكـليفاتها، ولا مضـمونها عتواً مجافياً لرحمة فتح الله تعالى أبوابها للمؤمنين، بل هـوناً وقوامـاً، وهو ما عبر عنه ابن عـابدين فى حاشيته (رد المحتار على الدر المختار) التى أورد فيهـا أن أبا حفص حين سـئل عمن لها إمساك الولد وليس لها مسـكن، أفاد بأن على أبيهم سكناهمـا جميعاً، وهو ما يعـنى عند ابن عابدين- أن الصغار لا يحـتاجون إلى مسكن من أبيهم، إذا كان لحـاضنتهم مسكن تقيم فيه يأويهـا مع المحضـونين، ليكون انتقالهم معها أرفق بالجـانبين، وأوفق لمصـالحهم، ومن ثم ينبغى أن يكون عليه العمل.

وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان مـا قرره أبو حـفص مما تقـدم- وكذلك من خرّج عليه - لا يعدو أن يكون اجتهـاداً، وكان الاجتهـاد فى المسائل الخلافية ممكناً عقلاً، ولازماً ديانة، ومفتوحاً بالتالى، فلا يصد اجتهاد اجتهاداً، ولا يقابل اجتهاد على صعيد المسائل التى تنظم الأسرة بغيره، إلا على ضوء أوضاعها وأعرافها، وبما لا يناقض كمال الشريعة، أو يخل بروح منهـاجها، وكان ما ذهـب إليه البعـض مـن أنـه إذا اختار ولى الأمر رأياً فى المسـائل الخلافية، فإنه يترجح، مردود بأن الترجيح عند الخيار بين أمرين، لا يكون إلا باتباع أيسرهما ما لم يكن إثماً، فلا يشرع ولى الأمر حكماً يضيق على الناس، أو يرهقهم من أمرهم عسراً، لتكون معيشتهم ضنكاً وعِوجاً، بل يتعين أن يكون بصيراً بشئونهم بما يصلحهـا، فلا يظلمون شيئاً، وكان من

المقرر أن سكنى صغار المطلق ضرورة ينبغى أن تقدر بقدرها، وكان ثابتاً كذلك أن من مقاصد الخلق جلب منافعهم ودفع المضار عنهم، وأن صلاحهم فى تحصيل مقاصدهم، فلا يكون بعضهم على بعض عتياً، ولا تكون أفعالهم ضراوة فيما بينهم، وكان حقاً قوله عليه السلام (ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فآتوا منه ما استطعتم) وكانت الحنيفية السمحة هى مدار الدعوة التى قام بتبليغها إلى الناس جميعهم (وما أرسلناك إلا رحمة للعاملين)، وكان اقتضاء الصغار مسكناً من أبيهم - مع إمكان إيوائهم فى مسكن لحاضنتهم تسكنه فعلاً - مؤجراً كان أم غير مؤجر - ليكون لهم مهاداً، ليس تعلقاً بما يكون واجباً على أبيهم، ولا اجتناباً من جهتهم لشر يتناهون عنه، بل إعراضاً عما ينبغى أن يكون عليه المؤمنون من المسامحة واللين، فقد تعين ألا يكون دينهم إرهاقاً لعلاقاتهم ببعض، ولا مقيماً عوائق تتعقد دروبها وتنغلق مسالكهم إليها، ليكون لهم مخرجاً من حرجهم، فلا يقترن - ظلماً أو هضماً - بما يأتون أو يدعون مصداقاً لقوله تعالى (ما يريد الله ليجعل عليكم فى الدين من حرج) (وما جعل الله عليكم فى الدين من حرج) (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) (يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً).

متى كان ذلك، وكان القرآن فصلاً لا هزلاً، وكان اختصاص صغار المطلق من مطلقته - مع حاضنتهم - بمسكن الزوجية مع وجود مسكن لها تقيم فيه، وهو ما يقع بوجه خاص إذا لم تكن حاضنتهم هى المطلقة نفسها، بل أمها أو أختها أو خالتها - يعنى أن حاضنتهم هذه - وقد تهيأ مسكن لها مع زوجها وأولادها - إما أن تنقل هؤلاء معها إلى مسكن المحضونين نابذة مسكنها لأمر انعقد عليه عزمها، وإما أن تتردد بين مسكنها ومسكنهم، فلا

تمنحهم كل اهتمامها، ولا توفر لحضانتهم متطلباتها من التعهد والصون والتقويم، وإما أن تقيم مع محضونيها- من دون أسرتها - ليتصدع بنيانها. ولا يعدو ذلك كله أن يكون عبثاً توخى - دون مقتض - وعلى ما جاء بمضبطة مجلس الشعب - فرض قيود واقعية على الطلاق لا يجوز شرعاً.

وحيث إنه متى كان ما تقدم، فقد تعين أن يكون النص المطعون فيه مقيداً، فلا يكون مسكن الزوجية مقراً للمحضونين، إذا كان لحاضنتم مسكن يأويهم، تقيم هى فيه. وليس لازماً أن يكون مملوكاً لها، ذلك أن حق الصغار فى السكنى ينتقل من مسكن أبيهم إلى مسكن حاضنتهم، أياً كان شكل العلاقة القانونية التى ترتبط بها فى شأن هذه العين، ودون إخلال بحقها فى أن تقتضى لها وللصغار أجر مسكن مناسب، باعتباره من مؤنتهم.

وحيث إن النص المطعون فيه - محدداً نطاقاً فى الحدود التى خلص إليها قضاء المحكمة الدستورية العليا على النحو المتقدم - لا يعطل الحق فى الطلاق، ذلك أنه كفل لصغار المطلق - وحاضنتهم - حقوقاً تقتضيها الضرورة، وبقدرها، لتكون نفقتهم كافلة لمقوماتها، لا تنتقص من مشتملاتها، ولا يكون جريان آثارها وإنفاذ الحقوق المتعلقة بها متراخياً.

ووقوعها فى الحدود التى يقتضيها الشرع، ينفى تعويقها الطلاق، أو إهدارها الحق فيه، لأمرين، أولهما: أن الأصل فى الحقوق التى يأذن المشرع بممارستها، أو يبين أسسها، أنها تتكامل فيما بينها ولا تتآكل، بل تعمل جميعها فى إطار وحدة عضوية تتلاقى توجهاتها، وتتوافق مصالحها. ثانيهما: أن الطلاق كان دائماً ملاذاً نهائياً للرجل، ولا يلجأ إليه إلا باعتباره باباً

للرحمة فى مجال علاقة زوجية غدا صدعها غائراً عميقاً.

ولم يكن مطلقاً بغياً من الرجل على المرأة لقوله تعالى: «فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً» فلا يكون الفراق بين الزوجين ظلماً أو حمقاً، بل معروفاً وانتصافاً «لا ينال من الحقوق التى جر إليها» ولا يسقط عن المطلق تبعاتها. وتلك هى الشريعة الإسلامية، قوامها العدل والرحمة وجوهرها دعوة إلى البر والإحسان لا تتناهى. ومما يناقض وسطيتها أن يكون الصغار ضحاياً لنزق آبائهم، يمنعونهم ما يستحقون.

وحيث أن ما قرره المدعى من أن المطلق - إذا ما كان مالكاً قانوناً لمسكن الزوجية - فإن اختصاص صغاره من مطلقته بهذا المسكن من دونه، إنما يجرد ملكيته من بعض عناصرها، إخلالاً بالحماية التى كفلها الدستور لها بالمادة ٣٤، مردود: بأن الملكية فى إطار النظم الوضعية التى تزاوج بين الفردية وتدخل الدولة، لم تعد حقاً مطلقاً، ولا هى عصية على التنظيم التشريعى. وليس لها من الحماية ما يجاوز الانتفاع المشروع بعناصرها. ومن ثم ساغ تحميلها بالقيود التى تتطلبها وظيفتها الاجتماعية، وهى وظيفة لا يتحدد نطاقها من فراغ، ولا تفرض نفسها تحكماً، بل تمليها طبيعة الأموال محل الملكية، والأغراض التى ينبغى رصدها عليها، محددة على ضوء واقع اجتماع معين، فى بيئة بذاتها لها توجهاتها ومقوماتها.

وفى إطار هذه الدائرة، وتقيداً بتخومها، يفاضل المشرع بين البدائل، ويرجح على ضوء الموازنة التى يجريها، ما يراه من الصالح أجدر بالحماية، وأولى بالرعاية وفقاً لأحكام الدستور، مستهدياً فى ذلك بوجه خاص بالقيم التى تنحاز إليها الجماعة فى مرحلة بذاتها من مراحل تطورها، وبمراعاة أن

القيود التى يفرضها الدستور على حق الملكية للحد من إطلاقها، لا تعتبر مقصودة بذاتها، بل غايتها خير الفرد والجماعة.

ولا تعارض الشريعة الإسلامية فى مبادئها الكلية ما تقدم. ذلك أن الأصل فيها أن الأموال جميعها مردها إلى الله تعالى، أنشأها وبسطها، وإليه معادها ومرجعها، مستخلفاً فيها عباده الذين عهد إليهم بعمارة الأرض، وجعلهم مسئولين عما فى أيديهم من الأموال لا يبددونها أو يستخدمونها إضراراً. يقول تعالى (وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه). وليس ذلك إلا نهياً عن الولوغ بها فى الباطل. وتكليفاً لولى الأمر بأن يعمل على تنظيمها بما يحقق المقاصد الشرعية المتوخاة منها، وهى مقاصد ينافيها أن يكون إنفاق الأموال وإدارتها عبثاً أو إسرافاً أو عدواناً، أو متخذاً طرائق تناقض مصالح الجماعة أو تخل بحقوق للغير أولى بالاعتبار. وكان لولى الأمر بالتالى أن يعمل على دفع الضرر قدر الإمكان، وأن يحول دون الإضرار إذا كان ثأراً محضاً يزيد من الضرر ولا يفيد إلا فى توسيع الدائرة التى يمتد إليها، وأن يرد كذلك الضرر البين الفاحش.

وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان اختصاص صغار المطلق بمسكن الزوجية، مقيداً بتراخيه فى أن يوفر لهم مسكناً مناسباً يكون بديلاً عنه، فإن استقلالهم به يغدو متصلاً بنفقتهم، مترتباً على الإخلال بإيفائها، بعد أن غض أبوهم بصره عن إحياء صغاره، ليكون استمرارهم فى شغل مسكن الزوجية، عائداً فى مصدره المباشر إلى نص القانون، وعلى ضوء الموازنة التى أجراها المشرع بين مصلحة المطلق فى أن يظل مقيماً بهذا المسكن من دون صغاره، ومصلحتهم فى البقاء فيه من دونه، مرجحاً – فى نطاق سلطته

التقديرية فى مجال تنظيم الحقوق - ثانيتهما، باعتبار أن تفويتها يلحق بصغاره مضاراً لا حد لها، ولأن الأضرار حين تتزاحم، فإن اختيار أهونها دفعاً لأعظمها خطراً وأفدحها أثراً، يكون لازماً، وواقعاً فيه نطاق الوظيفة الاجتماعية للملكية، التى يحدد ولى الأمر إطارها وتوجهاتها.

وحيث أن إعمال الفقرة الثالثة من النص المطعون فيه - محدد إطاره على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا - يفترض أن المطلق قد تراخى عن أن يعد مسكناً مناسباً لصغاره من مطلقته، رغم قيام الدليل على أنهم لا يملكون مالاً حاضراً يدبرون منه سكناهم، وليس لحاضنتهم مسكن تقيم فيه ويأويهم تبعاً لها - فإن اختصاصهم - من دون أبيهم - بمسكن الزوجية، يكون لازماً.

وحيث أن البين من الأعمال التحضيرية لهذه الفقرة - حسبما تضمنتها مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب المعقودة فى أول يوليو سنة ١٩٨٥ - أن حكمها لم يكن وارداً فى مشروع القانون المعروض بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، وإنما اقترحها أحد أعضاء هذا المجلس تخييراً للحاضنة بين الاستقلال مع الصغار بمسكن الزوجية، وبين أن يقدر القاضى لها وللمحضونين أجر مسكن مناسب، وكان ذلك من المشرع بحسبان أنها قد تؤثر الانتقال مع الصغار إلى ذويها طلباً لملاذهم وعونهم، وقد يكون لها مسكنها ويريحها أن تظل فيه، بافتراض أن انتقالها منه إلى مسكن الزوجية قد يؤذيها أو يرهقها، وقد يروعها - بما يقوض سكينتها وصفاء نفسها - فيما إذا كان أهل المطلق أولو بأس شديد، فلا تخلص - إزاء

اضطرابها - لمحضونيها، ولا تمنحهم من اهتمامها ما يستحقون، ولا تعينهم على قضاء حوائجهم بما يكفيها، فإن اختيارها أحد هذين البديلين - مسكن الزوجية أو أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها - لا يكون مناقضاً أحكام الدستور - ومن بينها مادته الثانية - باعتباره مقرراً لمصلحة لها اعتبارها، وإهمالها يلحق الضرر بها وبمحضونيها.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة ١٨ مكرراً ثالثاً - المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية - إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، وذلك فيما نصت عليه وتضمنته من:

أولاً: إلزامها المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ولو كان لهم مال حاضر يكفى لسكناهم، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه، مؤجراً كان أم غير مؤجر.

ثانياً: تقييدها حق المطلق - إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً - بأن يكون إعداده مسكناً مناسباً لصغاره من مطلقته وحاضنتهم، واقعاً خلال فترة زمنية لا يتعداها، نهايتها عدة مطلقته.

وألزمت الحكومة المصروفات ومائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

أمين السر | **رئيس المحكمة**

١٢٩-المقصود بمسكن الزوجة :

استعمل النص عبارة «استمروا فى شغل مسكن الزوجية»، وهو تعبير غير دقيق لأنه بانقصام الزوجية بالطلاق لم يعد المسكن الذى كان يقطنه الزوجان مسكنا للزوجية.

والمقصود بهذا المسكن، هو المكان الذى كانت تشغله الزوجة والزوج وأولادهما حال الزوجية، وكان يطلق عليه مسكن الزوجية، سواء كان منزلا أو جزءاً من منزل، فإذا كان الزوجان وأولادهما يقيمون فى حجرة بشقة أو بمنزل يشغل باقيه آخرون كوالدى الزوج، كان مسكن الزوجية هو هذه الحجرة. وإذا كان الزوج متزوجا من زوجتين فى منزل واحد أو شقة واحدة، وطلق الزوج إحدى زوجتيه، فإنها تستمر مع الأولاد المحضونين فى شغل ما كانت تستخدمه أثناء قيام الزوجية.

وعلى ذلك إذا كان للزوج أولاد بالغون من زوجته الأخرى فإن هؤلاء الأولاد يستمرون فى شغل ما كانوا يستخدمونه من مسكن الزوجية.

وفى هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٩٩٤/٦/٢ فى القضية رقم ١٠ لسنة ١٣ قضائية «دستورية» بأن:

«... ذلك أن النص المطعون عليه لايخول الحاضنة - إذا لم يوفر الزوج مسكنا مناسبا - سوى الاستمرار هى ومحضونتها «دون المطلق» فى شغل

مسكن الزوجية بما مؤداه أنه إذا شاركها آخرون فى الانتفاع بالعين ، فإن حقهم على أجزائها التى لم يشملها الزوجية يظل قائما، وليس لأحد أن يحول دون إقامتهم فيها».

وواضح مما تقدم أنه لايشترط أن يكون هذا المسكن شرعيا وله مرافق مستقلة، وهو ما أفصحت عنه مناقشات مجلس الشعب(١).

---

(١) فقد صرح الدكتور رفعت المحجوب رئيس مجلس الشعب أثناء مناقشة المادة بالمجلس بأنه :

« .... وفى نقاشنا مع السادة أصحاب الفضيلة أساتذة الشريعة ورد السؤال التالى : ما القول فى رجل متزوج زوجتين فى منزل واحد أو شقة واحدة فكانت اجابتى فى هذه الحالة أن المنزل أو الشقة ليس مسكنا لزوجة واحدة بل لأكثر من زوجة وعلى ذلك إذا طلق فتستقل المطلقة وأولادها بما كانت تستخدم من المسكن المشترك.

إذن ، فمسكن الزوجية ليس منزلا بالضرورة أو شقة بالضرورة وإنما هو الجزء من المنزل أو هو المنزل المستقل تبعا للظروف التى تختص به الزوجة والزوج وأولادهما، حال الزواج وهذا هو المقصود فى القانون بمسكن الزوجية.

ثالثا : لقد ورد بالنص أن على الزوج المطلق أن يهئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب،، فإذا لم يفعل خلال مدة العدة استمروا فى شغل مسكن الزوجية – بالمعنى الذى قدمته– دون المطلق والنص هنا محسوب تماما، فنحن لم نقل : استقلوا بمسكن الزوجية تماما وإنما دون المطلق وحده فإذا وجد فى هذا المسكن أب له أو أم يسكنون فى جزء منه لم يخرجوا وإنما يخرج هو وحده فمسكن الزوجية يؤخذ بالمفهوم الضيق ، وهو ما خصص للزوجة ولأولادها وللزوج حال قيام الزوجية ، فإذا اشترك آخرون من العائلة ... الأب ... أو الأم... أو الإخوة فى مكان آخر داخل المبنى فهو ليس جزءا من مسكن الزوجية وليكن ذلك واضحا» (مضبطة مجلس الشعب– الجلسة ٩٨ بتاريخ ١٩٨٥/٧/١ ص١١) كما صرح بأنه : « يبقى الأولاد مع حاضنتهم فى المسكن، ويترك هو المسكن ولقد ذكرت مثالا لذلك هو أنه فى حالة وجود والد المطلق أو والدته مع الأولاد وحاضنتهم ، وفى هذه الحالة يترك المطلق=

وكان النص المقابل فى القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ يجرى على أن : « للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال بمسكن الزوجية» ، وهذه الصياغة لم تكن موفقة لأنها تعنى الاستقلال بالمسكن دون مشاركة أحد، وهى نتيجة غير صحيحة كمارأينا، لذلك جاءت صياغة النص الحالى أكثر توفيقا حيث قضى باستمرار الصغار وحاضنتهم فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق مدة الحاضنة ، أى أن الاستقلال هنا نسبى (فى مواجهة المطلق)[1] .

ويسرى النص على المسكن المؤجر والمسكن غير المؤجر، وذلك عكس الحال فى القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ، الذى كان يقصر هذا الحق على المسكن المؤجر [2]، وبذلك يكون النص الجديد قد أضفى سعة كبيرة فى تطبيق النص.

وعبارة (المسكن غير المؤجر) التى استعملها النص ، أوسع بكثير من عبارة المسكن المملوك، لأن المسكن غير المؤجر يشمل المسكن المملوك للمطلق والمسكن الذى يكون له عليه حق انتفاع دون ملكية الرقبة أو حق استعمال أو حق سكنى، والمسكن المعار إلى المطلق من والديه أو من الغير، أو المشغول بترخيص اشغال مؤقت أو الذى يشغله بطريق الإعارة[3] .

فقط المسكن دون والده أو والدته، فإذا كان لوالديه أن يستمروا فمن الأجدى أن يستمر أولاده فى نفس المسكن» .

(مضبطة المجلس الجلسة المشار إليها ص ١٦) .

(١) الدكتور محمد حسين منصور ص ٤٩ وما بعدها.

(٢) نقض طعن ١٠٩ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٥/٥/٢ .

(٣) وفى هذا قال السيد رئيس مجلس الشعب ضمن بعض المسائل التى أوضحها فى المادة :

« خامساً– إذا كان المسكن غير مؤجر واختيار اللفظ كان دقيقا فلم نقل مملوكا لفتح الباب لحالات غير الملكية فالمسكن غير المؤجر قد يكون مملوكا للزوج وقد يكون له عليه حق انتفاع وليس له ملكية الرقبة ، وقد يكون مملوكا لوالده أو لوالدته

غير أنه إذا انتهى حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى أو ترخيص الإشغال المؤقت ، أو انتهت الاعارة ، وطلب المالك استرداد المسكن وجب رد المسكن لمالكه، سواء كان هذا المالك والد المطلق أو والدته أو غيرهما، ووجب على الحاضنة والصغار الخروج من هذا المسكن لأن شغلهم له وقتئذ يعد بلا سند من القانون لأن القانون المدنى لايعطيهم - هم ولا المطلق- الحق عندئذ فى شغل هذا المسكن ولأن نص المادة (١٨ مكررا ثالثا) سالفة الذكر تعطيهم الحق فى شغل ما كان يشغله المطلق بسند من القانون ، ومن غير المعقول أن يعطيهم الحق فى شغل ما كان يشغله المطلق بغير سند من القانون، ومن غير المعقول أن يعطيهم الحق فى اغتصاب ملك الغير. وعندئذ لايكون للمطلق خيار ويتعين عليه أن يهئ لصغاره ولحاضنتهم مسكنا مستقلا مناسبا.

أما إذا كان مسكن المطلق مشغولا بسبب العمل، سواء بالنسبة للعاملين بالدولة أو القطاع العام أو قطاع الأعمال العام أو القطاع الخاص ، فلا يثبت للحاضنة وصغار المطلق حق الاستمرار فى شغل المسكن بعد انتهاء فترة العدة لأن هذا المسكن أعطى للمطلق لاعتبار يتصل بعمله ليظل به هو شخصيا ليكون عن مقربة من العمل، أو لتوفير الراحة والاطمئنان له حتى يتمكن من أداء عمله على الوجه المطلوب ،ومن ثم فإن خروجه من المسكن لتشغله الحاضنة والصغار مما يخالف شروط شغل المسكن و يعرقل سير العمل فى الجهة التى أعطته هذا المسكن، فضلا عن أن علاقته بجهة العمل قد تنتهى قبل انتهاء مدة الحضانة.

وتختلف هذه الحالة عن مساكن الخدمات الاجتماعية التى تقيمها شركات القطاع العام من ثلثى نسبة الـ١٥ ٪ المخصصة للخدمات من أرباح الشركات (م١٤ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١) وتملك للعاملين أو تؤجر

وأعطى له دون إيجار فلفظ المسكن غير المؤجر أوسع بكثير من لفظ المسكن المملوك .... الخ».

(مضبطة مجلس الشعب- الجلسة المشار إليها ص ١١)

ايجارا مستقلا عن العمل، فهذه تأخذ حكم المسكن المملوك للمطلق أو المؤجر له بحسب الأحوال[١].

١٣٠- العلاقة بين الحاضنة ومؤجر المسكن:

اذا كان مسكن الزوجية مؤجرا واستمرت الحاضنة وصغار المطلق فى شغله، فان شغل الحاضنة والصغار لهذا المسكن يضحى بمقتضى نص فى القانون، وتقوم العلاقة الايجارية مباشرة بين الحاضنة وبين المؤجر خلال فترة شغلها المسكن على أن تعود هذه العلاقة بقوة القانون للمطلق المستأجر الأصلى بانتهاء فترة شغل المسكن اذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا.

وعلى ذلك تلتزم الحاضنة بأداء أجرة المسكن وبكافة الالتزامات التى يتحملها المستأجر خلال فترة شغلها المسكن، والحاضنة تحصل على نفقة للصغار من أبيهم ومن بين عناصرها أجرة المسكن[٢]، لأن الاستمرار فى شغلها المسكن -المؤجر- لا يسقط حقها فى تقاضى أجر مسكن الحضانة.

وقد أوضح هذه العلاقة فى ظل القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩، تقرير اللجنة المشتركة من اللجنة التشريعية ومكتب لجنة الشئون الاجتماعية والأوقاف والشئون الدينية عن القرار بقانون المذكور اذ جاء به أن:

«الحكم الذى أتت به المادة الرابعة يعد استثناء من الأحكام المنظمة للعلاقة بين المؤجر والمستأجر فى القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، حيث تستقل

---

(١) الدكتور عبد الناصر العطار فى الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ص ١٦٨ وما بعدها، وهامش(٢) ص ١٦٧.

(٢) قارن عبد الناصر العطار المرجع السابق ص١٦٨ اذ يرى أن للمؤجر أن يطالب والد المحضونين بالتزامات عقد الايجار ومنها الأجرة باعتبار أنه المستأجر وللمؤجر أن يطالب الحاضنة بذلك باعتبار أنها الشاغلة للعين بمقتضى نص القانون.

المطلقة الحاضنة بقوة القانون بشغل المسكن فى مواجهة الزوج المستأجر والمالك وتقوم العلاقة الايجارية مباشرة بينها وبين المالك خلال فترة استقلالها بشغل المسكن على أن تعود هذه العلاقة بقوة القانون للمطلق المستأجر الأصلى بانتهاء الحضانة أو زواج المطلقة ومن المفهوم أن الحاضنة تلتزم بسداد الأجرة وبكافة الالتزامات التى يتحملها المستأجر خلال فترة شغلها على استقلال للمسكن اذ هى تحصل لأبنائها المحضونين على نفقة من أبيهم بين عناصرها أجرة المسكن».

وبالبناء على ذلك، اذا كان المسكن يخضع لأحكام الباب الأول من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، جاز للمؤجر أن يطلب اخلاء الحاضنة والصغار من المسكن لأحد الأسباب المنصوص عليها فى المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١، ومن بين ذلك اذا تخلفت الحاضنة عن الوفاء بالأجرة أو تكرر امتناعها أو تأخرها عن الوفاء بها.. أو اذا ثبت بحكم قضائى نهائى أنها استعملت المكان أو سمحت باستعماله بطريقة مقلقة للراحة أو ضارة بسلامة المبنى أو بالصحة العامة أو فى أغراض منافية للآداب العامة.

ويجوز للمطلق التدخل فى دعوى الاخلاء المرفوعة من المؤجر باعتباره مستأجرا [١]، طالبا وقفها الى حين الفصل فى دعواه باسقاط الحضانة عن الحاضنة لعدم أمانتها مثلا ونقل الحضانة الى من تليها فى الحضانة، مع طرد هذه الحاضنة من المسكن لشغلها له بعد ذلك بغير سند، كما يجوز للمؤجر الاستشكال فى تنفيذ الحكم الذى يصدر ضد الحاضنة وفقا للقواعد العامة[٢].

---

(١) عبد الناصر العطار فى مؤلفه الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ص١٦٩ هامش (١).

(٢) وحال مناقشة المادة بمجلس الشعب اقترح السيد العضو كمال بدوى أن يضاف الى النص فقرة كالآتى: «كما لا يجوز الحكم باخلاء المسكن بناء على طلب المؤجر الا بعد اعلان الزوج والحاضنة» الا أن رئيس المجلس رد عليه بأن: «من حق الحاضنة قانونا أن تتدخل فى الدعوى، ويمكنها أن تستشكل عند التنفيذ، فالقواعد العامة ستطبق»، ولم يوافق المجلس على هذا الاقتراح- مضبطة مجلس الشعب- الجلسة المشار اليها ص١٥ وما بعدها.

ولا يجوز للحاضنة التنازل عن مسكن الحضانة للمؤجر، فاذا حدث هذا التنازل كان باطلا، وحق للمستأجر استرداد العين المؤجرة، لأن حق الحضانة ينحصر فى مجرد شغل العين فى مدة الحضانة.

ولا يسقط حق الحضانة والمحضونين فى الاستمرار فى شغل المسكن تنازل المطلق عن الايجار للمالك أو للغير أو تأجيره المسكن من الباطن للغير لأن حقهم في الاستمرار فى شغل هذا المسكن مستمد من القانون ولا يستطيع المستأجر الأصلى المساس به.

والحكم الصادر باخلاء الحاضنة لا يحتج به فى مواجهة المطلق الذى يسترد العين بوصفه صاحب الحق الأصيل فى الايجار اذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا.

١٣١- مدى حق الحاضنة في استعمال مسكن الحضانة:

تقيم الحاضنة مع المحضون فى مسكن الحضانة، وتستمر فى شغله من أجل الصغير المحضون. وتستند الحاضنة فى اقامتها بالمسكن الى نص القانون، دون أن يكون لها حق ذاتى عليه.

وينبنى على ذلك أنه لا يجوز للحاضنة تغيير استعمال مسكن الحضانة ولو كان لغرض مشروع، فلا يجوز لها أن تسمح لوالديها أو لأقاربها بالسكنى معها فيه، أو بأن تتزوج ويقيم زوجها معها فيه ولو كان الزوج ذى رحم محرم من الصغير، كما لا يجوز لها من باب أولى استعماله فى غير أغراض السكنى كاستعماله عيادة طبية أو مكتب لممارسة مهنة أو حرفة، لأن ذلك يتضمن استغلالا لحق الصغير على أبيه فيما ليس مقرر لها، بل وتعديا عليه.

فاذا وجد هذا الاستعمال المخالف كان للمطلق بصفته وليا على نفس الصغير وماله وصاحب الحق الأصلى فى المسكن منعها من استعمال المسكن فى غير حضانة الصغير.

غير أن هذا الاستعمال المخالف لا يبرر اسقاط الحضانة عن الحاضنة الا اذا أدى الى فقدها شرط الأمانة على نفس الصغير أو ماله، كما لو استعملت العين فى غرض يضر بالصغير نفسيا أو خلقيا. وفى هذه الحالة يجوز للمطلق طلب اسقاط حضانتها ونقلها الى من تليها فى الترتيب الذى وضعه الشارع.

١٣١ مكرر- تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بسكنى الصغير :

تنص المادة ٦٩ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ على أن : « يجرى التنفيذ بمعرفة المحضرين أوجهة الإدارة.

ويصدر وزير العدل قرارا بإجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه ومن يناط به ذلك» .

ونفاذا لذلك صدر بتاريخ ٢٠٠٠/٣/٦ قرار وزير العدل رقم (١٠٨٧) لسنة ٢٠٠٠ (بتحديد أماكن تنفيذ الأحكام الصادرة برؤية الصغير والإجراءات الخاصة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه ومن يناط به ذلك» .

وقد نصت المادة الثانية من القرار على أن يجرى تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أوضمه **أوسكناه** بمعرفة المحضر المختص وبحضور أحد الأخصائيين الاجتماعين الملحقين بالمحكمة، فإن حدثت مقاومة أو امتناع وعدم استجابة للنصح والإرشاد ، يرفع الأمر لقاضى التنفيذ ليأمر بالتنفيذ بالاستعانة بجهة الإدارة وبالقوة الجبرية إن لزم الأمر ويحرر الأخصائى الاجتماعى مذكرة تتضمن ملاحظاته ترفق بأوراق التنفيذ.

ونصت المادة الثالثة على أن يراعى فى جميع الأحوال أن تتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفقا لما يأمر به قاضى التنفيذ. ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذى كلما اقتضى الحال ذلك على النحو المبين فى المادة ٦٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .

(القرار منشور بملحق التشريعات بنهاية الكتاب)

ثانيا: استرداد المطلق مسكن الحضانة بعد انتهاء مدة الحضانة

١٣٢- مضمون حق المطلق فى استرداد مسكن الحضانة بعد انتهاء مدة الحضانة:

نصت المادة على أنه: «... فاذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده اذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا».

والمقصود بذلك أن تكون مدة الحضانة قد انتهت بالنسبة لجميع الصغار المحضونين.

وطبقا للمادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة، ويجوز للقاضى بعد هذه السن ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة اذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك.

والذى نراه أن المادة جعلت حق البقاء فى مسكن الحضانة مقترن بالحضانة، سواء فى مدتها الوجوبية أو الجوازية، ولا يؤثر عدم استحقاق الحاضنة أجر حضانة فى المدة الجوازية على هذا الحق، فالمسكن للصغير أساسا، والحاضنة مجرد تابع له، وهو ما يؤدى الى أن حق استرداد مسكن الحضانة لا يثبت للمطلق الا بعد انتهاء مدة الحضانة الوجوبية والجوازية.

وهذا الراى هو ما اعتنقته محكمة النقض- دائرة الأحوال الشخصية- فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٨/٣/٢١ فى الطعن رقم ٣٣٥ لسنة ٥٧ق والذى ذهبت فيه الى ان:

«وحيث أن هذا النعى غير سديد، ذلك أن النص فى المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أن: «للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين الى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين الى احدى عشرة سنة اذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك». ولما صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية نص فى الفقرة الأولى من المادة (٢٠) على أنه: «ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة، ويجوز للقاضى بعد هذه السن ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة اذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك». مفاده سواء فى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أو القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ سالفى الذكر أن المشرع وان راعى انهاء حضانة النساء للصغير ببلوغ السن المحددة فى هذه المادة الا أنه لم يجعل من هذا البلوغ حدا تنتهى به حضانة النساء حتما وانما استهدف فى المقام الأول مصلحة الصغير لا مصلحة الحاضنة من النساء، فاذا تبين أن مصلحة الصغير ابقاء الحضانة حتى سن الخامسة عشرة، والصغيرة حتى تتزوج فانما يكون ذلك باذن القاضى لا برغبة الحاضنة أو بارادتها، يؤكد هذا أن المذكرة الايضاحية للقانون أوردت: «وأنه بتتبع المنازعات الدائرة فى شأن الصغار تبين أن

المصلحة تقتضى العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان والاطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا ينزعجون من الحاضنات ومن أجل هذا ارتأى المشرع انهاء حضانة النساء للصغير ببلوغه العاشرة وحضانتهن للصغيرة ببلوغها سن الثانية عشرة، ثم أجاز للقاضى بعد هذه السن ابقاء الصغير فى يد الحاضنة حتى سن الخامسة عشرة وللصغيرة حتى تتزوج أخذا بمذهب الامام مالك فى هذا الموضوع على أنه فى حال ابقائهما فى يد الحاضنة لهذا الاعتبار لا يكون للحاضنة حق فى اقتضاء أجرة حضانة...» واستطردت المذكرة: «... وانما يد الحاضنة للحفظ والتربية...» . لما كان ذلك فان الأصل أن حضانة الطاعنة الأولى لابنتها الطاعنة الثانية بعد بلوغها سن الثانية عشرة حتى تتزوج لا يتقرر الا اذا أجاز القاضى ذلك، واذ خلت أوراق الدعوى مما يفيد حصول الطاعنة الأولى على حكم بحضانتها لابنتها حتى تتزوج وكان لا يكفى فى هذا الصدد قولها أنها استمرت حاضنة لها اذ أنه مخالف للأصل بانتهاء حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة السن المقررة قانونا- حسبما سلف بيانه- ولا تبقى الصغيرة فى حضانة النساء حتى تتزوج الا باجازة القاضى وبما له من سلطة تقديرية، وتغليبا لمصلحة الصغيرة، لا بالنظر الى قول الحاضنة من النساء، لما كان ما تقدم وكان واقع الدعوى الذى سجله الحكم المطعون فيه أن طلاق الطاعنة الأولى وقع بتاريخ ١٩٨٢/٧/٢٨ ، وقد انتهت عدتها، وأصبحت غير حاضنة لولديها (الطاعنين الثانية والثالث) ، وكانت الأحكام تدور مع علتها وقد زال حق الطاعنة الأولى فى الحضانة فلا يحق لها البقاء بمسكن الحضانة اعمالا لنص المادة (١٨ مكررا ثالثا) المضافة الى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بالتعديل الحاصل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ المشار اليه ومن ثم تضحى والحالة هذه فاقدة لسند حيازتها عين النزاع، واذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، فان النعى عليه بهذا السبب يكون على غير أساس» .

الا ان محكمة النقض ما لبثت ان عدلت عن قضائها السابق. وذهبت إلى أن حق المطلق فى استرداد مسكن الحضانة يثبت بانتهاء مدة الحضانة الوجوبية، لأن المدة التى أجاز فيها الشارع للقاضى ابقاء المحضون فى يد الحاضنة بعد انتهاء سن الحاضنة لم ترد فى النص حدا لمدة حضانة النساء ولا هى تعتبر امتدادا لها وانما هى مدة استبقاء بعد أن أصبح فى مقدور الأولاد الغناء عن حضانة وخدمة النساء.

فقد قضت بأن:

١- «وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أن النص فى الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ١٨ مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بأن: «على الزوج المطلق أن يهىء لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فاذا لم يفعل خلال مدة العدة استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة.... فاذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن...» وفى الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون المذكور المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أن «ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة، ويجوز للقاضى بعد هذه السن ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة اذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك» مفاده أن الحضانة التى تخول الحاضنة مع من تحضنهم الحق فى شغل مسكن الزوجية

دون الزوج المطلق هى الحضانة التى تقوم عليها النساء لزوما خلال المرحلة التى يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالح البدن وحدهم. وهو ما مؤداه أن مدة الحضانة التى عناها الشارع بنص الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ١٨ مكررا ثالثا المشار اليها والتى جعل من نهايتها نهاية لحق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية هي المدة الالزامية لحضانة النساء واذ تنتهى هذه المدة ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٠ فان حق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية يسقط ببلوغ المحضون هذه السن كل بحسب نوعه ذكرا كان أو أنثى وحينئذ يعود للزوج المطلق حقه في الانتفاع بالمسكن ما دام له من قبل أن يحتفظ به قانونا ولا يغير من ذلك ما أجازه نص الفقرة الأولى من المادة ٢٠- بعد انتهاء مدة حضانة النساء- للقاضى فى أن يأذن بابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد من كانت تحضنها دون أجر حضانة اذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك لأن هذه المدة لم ترد فى النص حدا لمدة حضانة النساء ولا هى تعتبر امتدادا لها وانما هى مدة استبقاء بعد أن أصبح فى مقدور الأولاد الغناء عن حضانة وخدمة النساء وهى بالنسبة للبنت التى لم تتزوج قد تطول الى ما بعد أن تكون قد بلغت سن الرشد كاملة الأهلية وتملكت وحدها القرار فى شئونها ويخضع الاذن بهذه المدة لتقدير القاضى من حيث دواعيها والعائد منها، فاذا ما رخص بها لمن اختارت لنفسها أن تشارك الأب مهامه الأصيلة فى مرحلة حفظ وتربية أولاده متبرعة بخدماتها لهم فلا التزام على الأب نحوها لا بأجر حضانة لها ولا بسكناها ويقع عليها أن تسكن

الأولاد معها السكن المناسب مقابل أجر المسكن من مالهم ان كان لهم مال أو من تجب عليه نفقتهم وفى القول على خلاف ذلك تحميل للنصوص المعنية بما لا تتسع له وتكاثر للمنازعات بسبب حيازة مسكن الزوجية بما يعود على الأولاد بالأذى النفسى والاجتماعى وهو ما يتأباه الشرع والشارع. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى برفض دعوى الطاعن باسترداد مسكن الزوجية على سند من أن مطلقته المطعون ضدها قد استبقت يدها على بنتها منه بعد أن تجاوزت مدة حضانة النساء وان من حقها أن تستمر فى شغل ذلك المسكن فانه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث السبب الثالث من أسباب الطعن.

وحيث أنه لما كان ما تقدم وكان الموضوع صالحا للفصل فيه وكان الثابت بالأوراق ان تاريخ ميلاد البنت «علا» هو ١٩٦٥/٩/١ وجاوزت السن المحددة لحضانة النساء فان المطعون ضدها تكون قد فقدت سندها فى شغل مسكن الزوجية ويحق للطاعن أن يعود له واذ انتهى الحكم المستأنف الى ذلك صحيحا فيتعين تأييده».

(طعن رقم ٨٦ لسنة ٥٦ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٨٩/٣/٢٨).

٢ – «الحضانة التى تخول الحاضنة شغل مسكن الزوجية مع من تحضنهم دون الزوج المطلق. ماهيتها. سقوط حقها فى شغل هذا المسكن ببلوغ الصغر سن العاشرة والصغيرة اثنتى عشرة سنة. مؤدى ذلك. للزوج المطلق الحق فى العودة للانتفاع بالمسكن ما دام له من قبل أن يحتفظ به قانونا».

(طعن رقم ٢٢٨٧ لسنة ٥٥ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٠/٥/١٥).

٣- « الحضانة التى تخول الحاضنة شغل مسكن الزوجية مع من تحضنهم دون الزوج المطلق. ماهيتها. سقوط حقها فى شغل هذا المسكن ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة اثنتى عشرة سنة. إذن القاضى بإبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر . لا أثر له . علة ذلك».

(طعن رقم ١٧٥ لسنة ٦٣ قضائية «أحوال شخصية »- جلسة ١٩٩٧/٥/٢٦)

كما أخذت المحكمة الدستورية العليا بالرأى الذى اعتنقته محكمة النقض.

إذ قضت بتاريخ ١٩٩٣/٥/١٥ فى القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية «دستورية» بأن:

«وحيث أنه متى كان ما تقدم، وكان ما قررته المادة (١٨ مكررا ثالثا)- التى أضافها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية- من إلزامها الزوج المطلق بأن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم مسكنا مستقلا مناسبا، إنما يدور وجودا وعدما مع المدة الإلزامية للحضانة التى قررتها الفقرة الأولى من المادة (٢٠) المطعون عليها، فإن حق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية اعمالا للمادة (١٨ مكررا ثالثا) المشار إليها يعتبر منقضيا ببلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنتى عشرة

سنة. متى كان ذلك، وكان البين من الصورة الرسمية لشهادة ميلاد «هيثم»- ابن المدعى من مطلقته- وهى الشهادة المرفقة بملف الدعوى الموضوعية- أنه ولد فى ٩ من ديسمبر سنة ١٩٧٩ ، فإنه يكون قد جاوز أمد الحضانة الالزامية، ولم يعد لحاضنته بالتالى أن تستقل مع صغيرها هذا بمسكن الزوجية بعد طلاقها، بما مؤداه انتفاء مصلحة المدعى فى الطعن على الأحكام التى تضمنتها المادة (١٨ مكررا ثالثا) آنفة البيان، ولا ينال مما تقدم قالة أن للقاضى أن يأذن للحاضنة بعد انتهاء المدة الالزامية للحضانة بابقاء الصغير فى رعايتها حتى الخامسة عشرة، والصغيرة حتى تتزوج إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك، ذلك أن ما يأذن به القاضى على هذا النحو، لا يعتبر امتدادا لمدة الحضانة الالزامية، بل منصرفا إلى مدة استبقاء تقدم الحاضنة خلالها خدماتها متبرعة بها، وليس للحاضنة بالتالى أن تستقل بمسكن الزوجية خلال المدة التى شملها هذا الاذن، ذلك ان مدة الحضانة التى عناها المشرع بنص الفقرتين الأولى والرابعة من المادة (١٨ مكررا ثالثا)- والتى جعل من نهايتها نهاية لحق الحاضنة وصغيرها من مطلقها فى شغل مسكن الزوجية- هى المدة الالزامية للحضانة على ما تقدم، وغايتها بلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنتى عشرة سنة، وببلوغها يسقط حقهما فى الاستقلال بمسكن الزوجية ليعود إليه الزوج المطلق منفردا فى الانتفاع به اذا كان له ابتداء ان يحتفظ به قانونا. ولا محاجة فى القول بأن مجرد توافر المصلحة عند رفع الدعوى الدستورية يعتبر ... الخ».

١٣٣- حالات اخرى يجوز فيها للمطلق استرداد مسكن الحضانة:

للمطلق أن يسترد مسكن الحضانة رغم عدم انتهاء مدة الحضانة فى الحالات الآتية:

١ - اذا سقطت الحضانة عن الأم الحاضنة لأحد الأسباب المسقطة لها، كزواج الأم الحاضنة من غير ذى رحم محرم للصغير اذا لم ير القاضى ابقاء الصغير معها رغما عن ذلك تحقيقا لمصلحته.

وكان القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ يعطى المطلق الحق فى استرداد مسكن الحضانة اذا تزوجت المطلقة ولو بذى رحم محرم من الصغير.

أما النص الحالى فقد خلا من النص على ذلك، ولعل ذلك جاء مقصودا لاختلاف وصف المخاطب بالحكم (الحاضنة). ففى النص الوارد بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ كان الخطاب موجها للمطلقة الحاضنة التى بزواجها ينتهى حقها فى الحضانة، أما النص الحالى فيخاطب الحاضنة عموما الأم وغيرها، والتى يمكن أن تكون متزوجة، اذ لا يعقل حرمان الخالة أو الجدة من الزواج بسبب قيامها بواجب الحضانة لصغير لم تلده.

ولذلك لم يجعل الشارع من زواج الحاضنة سببا لسقوط حضانتها واسترداد مسكن الزوجية منها، وانما ترك اسقاط حضانتها محكوما بالقواعد المنصوص عليها فى المذهب الحنفى والتى أوردناه فى موضعها.

٢- اذا قام المطلق بتهيئة مسكن بديل مناسب للحاضنة والصغار سواء كان المسكن مؤجرا أو غير مؤجر.

٣- اذا اختارت الحاضنة فرض أجر مسكن حضانة لها عوضاعن استمرار الاقامة بمسكن الزوجية.

وسنعرض لذلك تفصيلا.

١٣٤- تراخى المطلق فى استرداد مسكن الحضانة المؤجر:

اذا كان مسكن الحضانة مؤجرا وثبت حق المطلق فى استرداده وقام بضم أولاده اليه، ومع ذلك لم يسع الى استرداده بقصد التخلى عنه نهائيا للحاضنة، عد ذلك تركا منه للمسكن على خلاف مقتضى القانون، يجيز للمؤجر طلب اخلائه والحاضنة من المسكن.

ثالثاً: تهيئة المطلق لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب بدلاً من استمرارهم دونه فى شغل مسكن الزوجية

١٣٥- مضمون هذا الالتزام:

أعطى النص للمطلق الخيار بين أن يهيء لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب وبين أن يستمر صغاره من مطلقته وحاضنتهم فى شغل مسكن الزوجية. وذلك سواء كان هذا المسكن مؤجرا أو غير مؤجر. غير أن النص أتى بتفرقة بين المسكن المؤجر والمسكن غير المؤجر فى مسألة واحدة هى أنه اذا كان المسكن غير مؤجر كان من حق المطلق أن يستقل به اذا وفر للصغار وحاضنتهم المسكن المستقل المناسب أثناء العدة أو بعد انقضائها، مهما طالت المدة التالية لانقضاء العدة. أما اذا كان المسكن مؤجرا كان من حق المطلق أن يستقل به اذا وفر لهم المسكن المناسب خلال فترة العدة، فاذا انقضت فترة العدة دون أن يوفر لهم هذا المسكن كان من حقهم الاستمرار فى شغل مسكن الزوجية (١).

---

(١) وقد جاء بايضاح رئيس مجلس الشعب لبعض المسائل الواردة بالمادة ما يأتى:

«رابعا: اذا كان المسكن مؤجرا فعلى الزوج أن يهيء المسكن المناسب خلال مدة العدة فاذا هيأ مسكنا مناسبا تركوه وبقى، واذا لم يهيء لهم مسكنا مناسبا بقوا وخرج، لأن الموازنة هنا بين الاطفال والصغار والزوج المطلق فالرعاية لا للحاضنة وانما للأطفال».

(مضبطة مجلس الشعب- الجلسة المشار اليها ص١١).

وقد علل رئيس مجلس الشعب التفرقة بين مسكن الزوجية المؤجر ومسكن الزوجية غير المؤجر «باعتبار أن المسكن غير المؤجر يمكن للزوج أن يبحث عن بديل له ويمكنه فى أى وقت ان دبره أن يعود الى مسكنه، أما المسكن المؤجر فاذا لم يستطع الزوج أن يدبر البديل خلال مدة العدة فعليه أن يترك مسكن الزوجية ليبحث له عن سكن آخر فاذا ما وجده فلا داعى فى هذه الحالة للعودة الى مسكن الزوجية لعدم المساس بالاستقرار»(١).

وفى رأينا أن هذه التفرقة لم يكن لها ما يبررها فان كان الشخص يحرص على الاستمرار فى ملكه، فالكثير من المستأجرين يحرصون على الاستمرار فى المسكن الذى يستأجرونه وقضوا فيه سنوات عديدة من عمرهم،وربط بينهم وبين البقعة التى يقيمون فيها(٢).

ولم يكن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ يتناول غير المسكن المؤجر- كما سبق ايضاحه- ولم يكن يحدد مدة لتخيير المطلق بين الاستقلال بمسكن الزوجية وتهيئة المسكن المناسب للمطلقة الحاضنة وصغارهما.

والنص يفترض أن المسكن الذى كان يشغله المطلق خاص به مؤجرا أو غير مؤجر، ولم يتعرض للحالة التى يكون فيها مسكن الزوجية خاصا بالمطلقة مؤجرا أو غير مؤجر.

ولذلك فانه فى هذه الحالة يتعين على المطلق ترك مسكن الزوجية بعد انقضاء العدة دون أن يكون ملزما بأن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم مسكنا آخر.

---

(١) مضبطة مجلس الشعب- الجلسة ٩٨ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥ ص١٥.

(٢) أنظر قضاء المحكمة الدستورية العليا فى البند التالى .

واذا تزوجت المطلقة الحاضنة فى مسكنها المؤجر أو غير المؤجر بغير ذى رحم محرم من الصغار فان حضانتها- اذا لم ير القاضى أن مصلحة الصغار فى بقائهم معها- تسقط وتنتقل الحضانة الى من تليها فى الترتيب من الحاضنات، وينتقل معها الصغار الى مسكن الحضانة، ولا يلزم المطلق بأن يهئ لصغاره فى هذه الحالة مسكنا مستقلا مناسبا، ومن ثم يرجع فى شأن هذه الحالة الى الرأى الراجح من المذهب الحنفى(١).

أما اذا كان مسكن الزوجية خاصا بالزوجين معا (مؤجرا أو غير مؤجر) كان حكمه حكم المسكن الخاص بالزوجة على نحو ما أوضحناه، وذلك لثبوت حق كل منهما فيه.

واذا كان المطلق يشغل المسكن على سبيل الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى وانتهى هذا الحق، أو كان يشغله على سبيل الاعارة وطلب المالك استرداده تعين على المطلق أن يهئ لصغاره وحاضنتهم مسكنا مستقلا مناسبا.

١٣٦ - عدم دستورية المادة ١٨ مكررا ثالثا فى تقييدها حق المطلق إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا فى تهيئة مسكن حضانة آخر بفترة العدة:

قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٨ يناير سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية «دستورية» بعدم دستورية المادة ١٨ مكررا ثالثا فيما تضمنته من تقيدها حق المطلق - اذا كان مسكن الزوجية مؤجرا - بأن يكون

(١) من هذا الرأى عبد الناصر العطار فى الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ص١٧٣ وما بعدها.

إعداده مسكنا مناسبا لصغاره من مطلقته وحاضنتهم، واقعا خلال فترة زمنية لا يتعداها نهايتها عدة مطلقته، وبذلك أصبح من الجائز للمطلق فى هذه الحالة تهيئة مسكن آخر للحضانة فى أى وقت ولو بعد انتهاء العدة.

وقد أوضحت المحكمة الدستورية العليا أسباب عدم دستورية هذا القيد تفصيلا فى حكمها المذكور والذى نشرناه فى بند (٣٦٩ مكررا) فيرجع إلى هذا البند.

١٣٧- المقصود بالمسكن المستقل المناسب:

المقصود بالمسكن المستقل، المسكن الذى لا يشترك فيه آخرون مع المحضونين والحاضنة، ولو لم يكن هذا المسكن شرعيا.

فلا يشترط أن يكون هذا المسكن مستقلا بمرافقة، لأن النص لم يشترط ذلك، واذا قيل أن النص مطلق فيحمل على اطلاقه، وبالتالى يجب أن يكون المسكن مستقلا بمرافقه، فيرد على ذلك بأن التزام المطلق التزام تخييرى، فهو بالخيار بين أن يترك مسكنه وبين أن يهئ مسكنا آخر مستقلا مناسبا، وقد رأينا أن مناقشات مجلس الشعب حول نص المادة لم تشترط أن يكون مسكن المطلق شرعيا، وتكتفى بأن يكون حجرة بغير مرافق مستقلة، فكذلك البديل يكفى أن يكون مشابها لمسكن المطلق، لأن ذمة المدين تبرأ بالوفاء بأى من المسكنين[1].

---

(١) العطار فى الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ص١٧٤ وما بعدها.

والفقرات الثلاث الأولى من المادة صريحة فى أن مسكن الحضانة الذى يهئيه المطلق يجب أن يكون مناسبا للصغار ولحاضنتهم وليس مناسبا للصغار فحسب[(١)].

وتقاس مناسبة المسكن بمدى التزام المطلق نحو أولاده ونحو الحاضنة، فهو يلتزم بالنسبة لأولاده طبقا للمادة (١٨ مكررا ثانيا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالمادة الأولى من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم، ويلتزم بالنسبة للحاضنة بأجرة حضانة لها وبتمكينها من حضانة أولاده ولاشأن له بنفقتها. وبالتالى يكون المسكن مناسبا للحاضنة اذا كان حيث تتمكن فيه من حضانة المحضونين.

---

(١) فقد نصت الفقرة الاولى من المادة على أن «على الزوج المطلق أن يهئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب فاذا لم يفعل... الخ»، ونصت الفقرة الثانية على أن «واذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به اذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب... الخ»، ونصت الفقرة الثالثة على أن «ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها».

أما المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ فلم تكن تتضمن نصا صريحا فى هذه المسألة، ولذلك ذهبنا مع الفقه فى ظل هذا القرار بقانون- فى مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى ايجار وبيع الأماكن الخالية الى أن مناسبة المسكن قصد بها مناسبته للمحضون لا للحاضنة، وذلك رجوعا الى المذهب الحنفى باعتباره المصدر التشريعى للنص، فقد ذهب الأحناف الى أن وجوب أجرة المسكن ليس مبنيا على وجوب الأجر على الحضانة، بل على وجوب نفقة الولد، ومن ثم فان مناسبة المسكن يكون قد قصد بها مناسبته للمحضون لا للحاضنة لأن وجوب المسكن هنا هو لاحتياج الصغير اليه فيتعين أن تكون المناسبة المقصودة هى مناسبة حال الصغير. (راجع الطبعة الثانية من المؤلف المشار اليه جـ١ ص٧٩٥).

ويترك لقاضى الموضوع تقدير مدى استقلال مسكن الحضانة ومناسبته للمحضونين وللحاضنة [١].

ويدخل فى مناسبة المسكن، المكان الذى يهيئ فيه المسكن، وحتى يكون مكان المسكن مناسبا، يجب أن يتحدد بمكان الحضانة طبقا للرأى الراجح من المذهب الحنفى المعمول به.

وعلى ذلك فالأصل أن يكون مسكن الحضانة الذى يهيئة المطلق، فى البلد الذى يقيم هو فيه.

واذا كانت الحاضنة هى أم الصغار، وكان المطلق يقيم فى قرية فانه يجوز لها أن تطلب تهيئة مسكن للحضانة فى بلد آخر قريب سواء كان مدينة أو قرية، أما اذا كان المطلق يقيم فى مدينة فيجوز لها أن تطلب تهيئة مسكن الحضانة فى مدينة قريبة ولا يجوز لها ذلك فى قرية قريبة، الا اذا كانت هذه القرية هى بلدة الأم وعقد نكاحها فيها.

أما اذا طلبت الأم الحاضنة تهيئة مسكن الحضانة فى بلدة بعيدة مدينة أو قرية ولو كان المطلق يقيم فى مدينة فان ذلك يجوز بشرطين.

١ – أن يكون هذا البلد هو بلدها.

٢ – أن يكون النكاح قد وقع فيه أى قد عقد عليها فيه.

أما اذا كانت الحاضنة غير الأم فلا يجوز لها أن تطلب تهيئة مسكن الحضانة في غير البلد الذى يقيم فيه المطلق. غير أنه يجوز الاتفاق بين المطلق والحاضنة على مخالفة القواعد المتقدمة.

(راجع فى التفصيل موضوع رقم ٦).

---

(١) الدكتور عبد الناصر العطار فى الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ص١٧٥ وما بعدها.

١٣٨- هل يلتزم المطلق بتزويد مسكن الحضانة بالمنقولات؟

أوضحنا فيما تقدم أن مناسبة المسكن التى اشترطها النص فى المسكن الذى يهيئه المطلق للحاضنة وصغاره بدلا من استمرارهم فى شغل مسكن الزوجية، تقاس بمدى التزام المطلق نحو أولاده ونحو الحاضنة، وأنه يلتزم بالنسبة لأولاده بنفقتهم وتوفير المسكن لهم بقدريساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم، وأن المسكن يكون مناسبا للحاضنة اذا كان حيث تتمكن فيه من حضانة المحضون. ولا يكون المسكن مناسبا على هذا النحو الا اذا كان مزودا بالمنقولات اللازمة للمعيشة اللائقة بحالة استيفاء للغرض المرصود له، ولا يتصور الزام الحاضنة ولو كانت أما باعداد مسكن الحضانة بالمنقولات اللازمة للمعيشة وإلا كانت الحضانة عبئا كبيرا على بعض الحاضنات يؤدى الى عزوفهن عن الحضانة بشكل أو بآخر[١].

رابعاً: تخيير الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين تقدير أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها

١٣٩- مضمون التخيير:

نصت الفقرة الثالثة من المادة على أن: «ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها».

ولم تكن هذه الفقرة واردة بالاقتراح بمشروع القانون وانما أضيفت الى المادة حال مناقشتها بمجلس الشعب بناء على اقتراح أحد الأعضاء[٢].

---

(١) من هذا الرأى: الاستاذ أشرف كمال ص٤٠٤ وما بعدها.

(٢) السيدة العضو نوال عامر.

وهذا الخيار يثبت للحاضنة دون المطلق، سواء كان مسكن المطلق مؤجرا أو غير مؤجر، كما أنه جائز فى أى وقت، ولو بعد انقضاء عدة المطلقة الحاضنة، ولو استمرت الحاضنة فى شغل مسكن المطلق مع الصغار، أو هيأ لهم المطلق المسكن المستقل المناسب.

وهذا النص ابتغى به مجلس الشعب تحقيق صالح الحاضنة لأنه قد يكون لها مكان عند أهلها أو مسكن خاص بها تفضل الاقامة فيه، غير أنها تخشى من ذلك سقوط حقها فى أجر مسكن الحضانة[1].

والنص وان جرى على أن القاضى يخير الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها، الا أنه لا يمنع الاتفاق على ذلك بين المطلق والحاضنة دون اللجوء إلى القضاء[2].

---

(١) وفى هذا قرر السيد الدكتور رفعت المحجوب رئيس مجلس الشعب حال مناقشة المادة بأن:

«ثم هناك اقتراح مقدم من السيدة العضو نوال عامر سأعرضه أيضا سييسر كثيرا من المسائل ويحل الاشكال أثاره بعض الأعضاء ويمكن أن يضاف هذا التعديل الى المادة حينما يأتى التصويت ونصه.. ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها. لأنه قد يكون للزوجة كما تفضل البعض مكان عند أهلها وتفضل أن تنتقل مع أهلها وتأخذ المقابل فيتيسر لها هذا، وقد يكون للزوجة مسكن خاص بها وتستريح فيه أكثر وتخشى إن لم تخير أن يسقط حقها فى أجر المثل.. الخ».

«مضبطة مجلس الشعب- الجلسة المشار اليها ص١١ وما بعدها».

(٢) وهذا يبين من الاقتراح المقدم من السيد العضو ياسين سراج الدين حال مناقشة المادة بمجلس الشعب ورد السيد رئيس المجلس. فقد أبدى السيد العضو اقتراحا كالآتى: «بالنسبة للاقتراح الذى تقدمت به السيدة نوال عامر جاء فيه أن للقاضى أن يخير الزوجة... أقول أن الأمر قد لا يعرض على القضاء ولذلك فإننى اقترح القول أن للزوجة أن تختار بين المسكن أو مقابل المسكن نقدا، وفى حالة عدم الاتفاق يخيرها القاضى بين الأمرين، لأن هناك بعض قضايا لن تعرض على القاضى».

=

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١ - «بديل استقلال الحاضنة بمسكن الزوجية المؤجر. أن يهيئ المطلق مسكنا آخر مناسبا. الخيار للمطلقة الحاضنة فى الاستقلال بمسكن الزوجية أو أن يقرر القاضى أجر مسكن مناسب. لا يمنع ذلك من الاتفاق بين المطلق والحاضنة دون اللجوء إلى القضاء».

(طعن رقم ١٤٣٠ لسنة ٥٦ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٢/٥/١٩).

٢ - «استقلال المطلقة الحاضنة بمسكن الزوجية المؤجر لمطلقها والد المحضونة. تحققه. بتهيئته لها مسكنا آخر مناسبا».

(طعن رقم ٢٨٧٤ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٢).

وقد ذهبت محكمة النقض فى حكم حديث لها إلى أن :

« لايعيب الحكم عدم تخيير المطعون ضدها بين الاستقلال بمسكن الزوجية وتقدير أجر مسكن للحضانة إذ أن إقامتها الدعوى بطلب الاستقلال بمسكن الزوجية مفاده أنها اختارت ذلك».

(طعن رقم ١٧٥ لسنة٦٣ق-أحوال شخصية-جلسة ١٩٩٧/٥/٢٦)

---

* **رئيس المجلس:**

«اذن يكون فى هذه الحالة حق الاختيار أمام القاضى ويتم الاختيار».

السيد العضو ياسين سراج الدين:

«نفرض أن الزوجة لم تذهب الى القاضى».

رئيس المجلس:

«اذا لم تذهب الزوجة الى القاضى، فليس هناك قضية أصلا ويكون الأمر اتفاقا والاتفاق شريعة المتعاقدين»

(مضبطة المجلس- الجلسة المشار إليها ص١٢).

والعدالة كانت تقتضى منح الخيار السابق للمطلق أيضاً، اذا كان للحاضنة مسكن مناسب تستطيع أن تحضن الصغار فيه، لأنه فى هذه الحالة يكون من الاجحاف الشديد بالمطلق ارغامه على ترك المسكن الذى يشغله للمطلقة ولصغاره أو تهيئة مسكن مستقل آخر مناسب لهم، فى ظل أزمة حادة فى الاسكان تعانيها البلاد.

فاذا اختارت الحاضنة تقدير أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها، فان هذا الأجر يكون فى مال الصغير اذا كان له مال لأنه من نفقته، فان لم يكن له مال التزم به الأب. ويجب عليه من تاريخ الطلاق لا من تاريخ انقضاء العدة، ويقدر بقدر يسار الأب وبما يكفل للصغير العيش فى المستوى اللائق بأمثاله، وذلك بصرف النظر عن القيمة الفعلية السائدة فى الايجارات.

وعلى هذه نصت المادة (١٨ مكررا ثانيا) المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بقولها: «اذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه... ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم.

وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الانفاق عليهم».

١٤٠- هل يجوز للمطلقة الحاضنة اختيار اجرة مسكن الحضانة بدلاً من الاستقلال بمسكن الزوجية قبل الطلاق؟

المقرر شرعا أنه لا يجوز التنازل عن الحق قبل نشوئه، فلا يجوز للزوجة التنازل عن حقها فى نفقة العدة مثلا حال قيام الزوجية فى غير حالة الخلع والطلاق على مال، لأن حقها فى نفقة العدة لا ينشأ الا بعد الطلاق،

فالزوجة عند قيامها بالتعامل فى هذه الحقوق بالتنازل عنها لم تكن تلك الحقوق قد نشأت بعد ولم تكن مقررة للزوجة وقت التنازل عنها ولا حق لها فيها، وانما يثبت لها الحق فى ذلك بعد الطلاق.

غير أن الوضع يختلف فى تخيير الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين فرض أجر مسكن حضانة مناسب لها وللمحضونين بالتطبيق للمادة (١٨ مكررا ثالثا) لأن المادة جعلت الحق فى مسكن الحضانة للصغار وللحاضنة تبعا لهم، وجعلت اختيار الاستقلال بالمسكن أو فرض أجر مسكن حضانة مناسب للحاضنة وحدها بصريح النص، وعلى ذلك فالاختيار بين الأمرين ينحصر فيها دون سواها. وحضانة الصغار حق ثابت للزوجة سواء حال قيام الزوجية أو بعد الطلاق فهم فى حضانتها فى الحالتين ووضعها فى المسكن ثابت لها حال قيام الزوجية استنادا الى قيام الزوجية ذاتها وبعد الطلاق استنادا الى كونها حاضنة- اذا كانت كذلك- فحقها ثابت فى المسكن فى حالة وجود صغار فى سن الحضانة ومستمر لها وان اختلف سببه أثناء قيام الزوجية عنه بعد وقوع الطلاق،ومن ثم يكون لها حق التعامل بشأنه، سواء أثناء قيام الزوجية أو بعد وقوع الطلاق.

وعلى ذلك اذا اتفقت الزوجة الحاضنة مع زوجها قبل الطلاق على اختيارها فرض أجر مسكن حضانة مناسب بدلا من الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية، فى حالة الطلاق، كان اتفاقها صحيحا ملزما لها، ولا تستطيع بعد الطلاق التحلل منه، والمطالبة بالاستقلال بمسكن الزوجية[1].

---

(١) الاستاذ أشرف كمال ص ٤٠٧ وما بعدها.

١٤١- اختيار الحاضنة الاولى فرض اجر مسكن حضانة ملزم لباقى الحاضنات:

اذا اختارت أول حاضنة للصغير فرض أجر مسكن حضانة مناسب للمحضونين ولها بدلا من الاستقلال بمسكن الزوجية، فانها تكن قد اختارت ذلك بارادتها وحدها بناء على نص فى القانون، دون توقف على قبول المطلق، فليس هناك اذن عقد بينه وبين الحاضنة على ذلك، واختيارها فرض أجر مسكن الحضانة تم بصفتها حاضنة وليس بصفتها الشخصية، ومن ثم فانه اذا سقطت حضانتها لسبب من الأسباب المسقطة لها وانتقلت الى غيرها من الحاضنات، فلا يجوز للأخيرة أن تطلب الاستقلال بمسكن الزوجية، أى أن الاختيار المنصوص عليه بالمادة لا يثبت لغير الحاضنة الأولى[1]. فضلا عن أن القول بغير ذلك من شأنه الحيلولة دون استقرار المطلق فى مسكنه وهو ما ينزل به ضررا كبيرا.

١٤٢- هل تسرى احكام المادة (١٨مكررا ثالثا) على غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة؟

الأحكام المنظمة لمسكن الحضانة وما يتفرغ عليه من أحكام فى حالة الطلاق المنصوص عليها فى المادة (١٨ مكررا ثالثا) من القواعد الموضوعية- وليست من قبيل الاجراءات- والمقرر طبقا للمادتين (٦) من القانون رقم

---

(١) من هذا الرأى الاستاذ أشرف كمال ص ٤٠٨ وما بعدها.

٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية، (٢٨٠) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، أنه يطبق فى شأن الأحكام الموضوعية فى مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين، ما ورد بشأنه نص خاص فى التشريع، فان لم يوجد فالراجح من المذهب الحنفى، أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بغير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون المشار اليه فتصدرالأحكام- فى نطاق النظام العام- طبقا لشريعتهم.

ومن ثم فان الأحكام المنصوص عليها فى المادة (١٨ مكررا ثالثا) تطبق على المسلمين، كما تسرى حيث يعمل بأحكام الشريعة الاسلامية فى مسائل الأحوال الشخصية، خاصة وأن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ صادر بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلين المنصوص عليها بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والتى تعتبر مكملة للرأى الراجح من المذهب الحنفى المعمول به.

ويترتب على ذلك أن هذه المادة تسرى فى الحالات الآتية:

١- اذا كان المطلق والمطلقة مسلمين.

٢- اذا كان المطلق مسلما والمطلقة تدين بدين سماوى غير الاسلام.

غير أنه يلاحظ أن حضانة غير المسلمة تنتهى عندما يعقل الصغير الأديان وقد قدر الفقهاء ذلك ببلوغ الصغير سن السابعة أو اذا خيف عليه أن يألف

الكفر وان لم يعقل الأديان وذلك بأخذ الحاضنة له الى الكنائس والمعابد الخاصة بغير المسلمين وتعويده شرب الخمر وأكل لحم الخنزير(١).

٣- اذا كان المطلق والمطلقة من غير المسلمين ولا يتحدان فى الطائفة أو الملة.

مع ملاحظة أن دعوى الطلاق لا تسمع من أيهما الا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق (المادة ٢/٣ من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠). انما لا يسرى النص على المطلق والمطلقة غير المسلمين متحدى الملة والطائفة، لأنهما يخضعان لأحكام شريعتهما الخاصة (٢).

١٤٣- الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق المادة (١٨مكررا ثالثا):

أولاً : قبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية:

كانت الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ تنص على اختصاص المحكمة الابتدائية بالفصل فى الطلبين المشار

---

(١) راجع بند (٥٢).

(٢) قارن الدكتور محمد حسين منصور ص٥٨ اذ يذهب الى أن النص ينطبق على كل المصريين أيا كانت ديانتهم ويستطرد أن مسألة الحضانة وان كانت تتصل بالأحوال الشخصيةالا ان ما يرتبط بها من مسائل أخرى كمسكن الحضانة وأجرها يعد من المسائل المالية التى لا تتصل بالعقيدة، وهى ترتبط أساسا بالواقع الاقتصادى والاجتماعى، لذا نجد الحلول المطبقة فى هذا الشأن واحدة ولا يفرق القضاء فيها- من الناحية العملية- بين المسلمين وغير المسلمين. أضف الى ذلك أن المشرع قد نظم تلك المسألة بنص خاص لمواجهة أزمة الاسكان العامة على كل المصريين، وهى أقرب الى النصوص الاجرائية التى تسرى على الكافة انطلاقا من حكم المادة الخامسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، خاصة وان الشرائع الطائفية لم تورد تنظيما خاصا للمسألة.

اليهما بالفقرة الأولى منها، وهما طلب المطلقة الحاضنة الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر، ما لم يهئ المطلق مسكنا آخر مناسبا، وطلب المطلق الاستقلال دون مطلقته بذات المسكن اذا انتهت الحضانة أو تزوجت الحاضنة، اذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به.

وقد ورد بالمذكرة الايضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أن الاقتراح بمشروع القانون نص على «اختصاص المحكمة الابتدائية بالفصل فى الطلبين المشار اليهما فى الفقرة الأولى من المادة الرابعة من المشروع» – ومع الأسف لم يتضمن الاقتراح بمشروع القانون هذا النص الذى أشارت اليه، فضلا عن أن المادة الرابعة التى تكلمت عنها تحدثت عن إحالة المحاكم الجزئية للدعاوى التى أصبحت وفقاً لأحكام القانون من إختصاص المحاكم الابتدائية بالرغم من خلو القانون من بيان اختصاص جديد لهذه المحاكم[1].

والذى نظنه أن مقدمى الاقتراح بمشروع القانون قد نقلوا العبارة السابقة من المذكرة الايضاحية للقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ – المقضى بعدم دستورية – ثم أغفلوا ذكر النص نفسه بالاقتراح بمشروع القانون، فقد وردت العبارة المذكورة حرفيا بالمذكرة الايضاحية للقرار بقانون، وكانت تعنى الطلبين المنصوص عليهما بالمادة الرابعة منه وهما طلبا استقلال المطلقة الحاضنة بمسكن الزوجية المؤجر، واسترداد المطلق المسكن اذا انتهت الحضانة أو تزوجت الحاضنة.

---

(١) تنص هذه المادة على أن:

«على المحاكم الجزئية أن تحيل دون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص المحاكم الابتدائية بمقتضى أحكام هذا القانون وذلك بالحالة التى تكون عليها.

وفى حالة غياب أحد الخصوم يعلن قلم الكتاب أمر الاحالة اليه مع تكليفه بالحضور المواعيد العادية أمام المحكمة التى أحيلت اليها الدعوى. ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الدعاوى المحكوم فيها، وتبقى خاضعة لأحكام النصوص السارية قبل العمل بهذا القانون».

وبذلك يكون القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ قد خلا من النص على المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق المادة (١٨ مكررا ثالثا).

وبالبناء على ذلك فإنه كان يجب لتحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق المادة المذكورة بين المطلق والحاضنة، الرجوع الى القواعد العامة فى الاختصاص بنظر منازعات الأحوال الشخصية المنصوص عليها فى المواد (٨) من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية، (٥، ٦) من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية المعمول بها وقتئذ.

وقد نصت المادة الثامنة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على أن: «تختص المحاكم الجزئية الوطنية بالمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية طبقا لما هو مبين فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية عدا دعوى النسب فى غير الوقف والطلاق والخلع والمبارأة والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها والمشار اليها فى المادة السادسة من اللائحة فانها تكون دائما فى اختصاص المحاكم الابتدائية»، ونصت المادة الخامسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن: «تختص المحاكم الشرعية الجزئية بالحكم النهائى فى المنازعات فى المواد الآتية:

نفقة الزوجة ونفقة الصغير بجميع أنواعهما اذا لم يزد ما يطلب الحكم به فى كل نوع على مائة قرش الشهر أو لم يحكم بأكثر من ذلك ان كان الطلب غير معين. وكل ذلك بشرط ألا يزيد مجموع ما يحكم أو يطلب الحكم به للزوجة أو للصغير على ثلثمائة قرش فى الشهر... الخ»، ونصت المادة السادسة من اللائحة على أن: «تختص المحاكم المذكورة بالحكم الابتدائى فى المنازعات فى المواد الآتية:

«... نفقة الزوجة ونفقة الصغير بجميع أنواعهما اذا زاد ما يطلب الحكم به فى كل نوع على النصاب المبين فى المادة السابقة أو حكم بأكثر من ذلك....الخ».

واذ كانت المنازعات التى تنشأ عن تطبيق المادة (١٨ مكررا ثالثا) تدور حول تهيئة المطلق لصغاره ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب أو استقلال الحاضنة وصغارها بمسكن الزوجية أو تخيير الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية أو تقدير أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها، أو باسترداد المطلق لمسكن الحضانة، فان هذه المنازعات جميعا تتعلق بمسكن حضانة الصغير، والمقرر أن مسكن حضانة الصغير من نفقة الصغير وهو ما صرحت به المذكرة الايضاحيةللاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى معرض حديثها عن نفقة الأولاد بقولها «وتشمل النفقة توفير المسكن لهم»، وعلى ذلك ينعقد الاختصاص بنظر المنازعات المذكورة بالمادة للمحكمة الجزئية[١].

وبهذا الراى قضت محكمة الزقازيق الابتدائية بتاريخ ١٩٨٩/١١/٢٥ فى الدعوى رقم ٥٦٤ لسنة ١٩٨٩ كلى احوال شخصية للولاية على النفس وقد جاء به:

«وحيث أن المادة ١٨ مكررا ثالثا من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ المنظمة للمنازعات التى تثور بين

---

(١) قارن رأيا سابقا لنا فى مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى ايجار وبيع الأماكن الخالية جـ١ الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٩ص ١٩٨٦ وما بعدها.

ومن رأينا الوارد بالمتن المستشار أحمد نصر الجندى ص٣٦٦ وقد ذهب الدكتور عبد الناصر العطار فى مؤلفه الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ص١٧٨ وما بعدها الى ان القواعد العامة المنصوص عليها فى اللائحة تقضى باختصاص المحكمة الجزئية بنظر المنازعات المشار اليها باعتبارها من المواد الخاصة بالحضانة والحفظ وانتقال الحاضنة بالصغير الى بلد آخر المنصوص عليها بالمادة السادسة، ويرد على ذلك بأن المنازعات المذكورة بالمادة السادسة خاصة (بحق الحضانة والحفظ)و (انتقال الحاضنة بالصغير الى بلد آخر) فقط.

وقارن الاستاذ شريف كامل فى مؤلفه الجديد فى قوانين الأحوال الشخصية ١٩٨٥ ص٥٠ فيرى أن المحكمة الابتدائية هى المختصة بنظر المنازعات المذكورة عملا بأحكام المواد٤/٢٧، ١/٤٢، ١/٤٧ من قانون المرافعات.

الزوجين اللذين يقع بينهما الطلاق حول مسكن الزوجية ويوجد بينهما صغار قد ألغت اختصاص المحكمة الابتدائية بالفصل فى تلك المنازعات والذى كانت تنص عليه المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته، ولذلك تطبق القواعد العامة المنصوص عليها فى المادتين الخامسة والسادسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تجعل الاختصاص بالحكم فى منازعات النفقات الخاصة بالصغير للمحاكم الشرعية الجزئية، ويكون الحكم فيها انتهائيا، اذا لم يزد ما يطلب الحكم به فى كل نوع على مائة قرش فى الشهر أو لم يحكم بأكثر من ذلك ان كان الطلب غير معين، ويكون الحكم ابتدائيا اذا زاد ما يطلب الحكم به فى كل نوع عن هذا الحد أو حكم بأكثر من ذلك... وهذا الطلب باعتباره جزءا من نفقة الصغير........ تختص المحكمة بالفصل فيه ابتدائيا».

غير ان محكمة النقض خالفت هذا النظر وذهبت إلى ان المحكمة الابتدائية هى المختصة بنظر هذه المنازعات إذ ذهبت إلى ان:

«وحيث أن هذا النعى مردود ذلك أنه لما كانت المادة الثامنة من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد نصت على أن «تختص المحاكم الابتدائية الشرعية بالحكم الابتدائى فى المواد الشرعية التى ليست من اختصاص المحاكم الجزئية بمقتضى نص المادتين الخامسة والسادسة» وإذ كانت المادتان الخامسة والسادسة سالفتى الذكر- قد حددتا اختصاص المحاكم الجزئية على سبيل الحصر- وليس من بينها طلب المطلقة الحاضنة الاستقلال بمسكن الزوجية إعمالا لأحكام المادة ١٨ مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة١٩٢٩- مما مفاده اختصاص المحاكم الابتدائية دون غيرها بنظر المنازعات المتعلقة بطلب الحاضنة الاستقلال بمسكن الزوجية ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم ١٠ لسنة ٥٩ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩١/٤/٢٣).

أما المنازعات التى تثور بشأن مسكن الحضانة بين الغير وبين المطلق أو الحاضنة أو بينه وبينهما معا، فانها تخضع لقواعد الاختصاص الواردة بقانون المرافعات.

ثانياً : بعد العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية :

نصت المادة التاسعة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ على أن تختص المحكمة الجزئية بنظر المسائل الواردة بهذه المادة.

وبمراعاة أحكام المادة (٥٢) من هذا القانون، يكون حكمها فى الدعاوى قابلا للطعن بالاستئناف مالم ينص القانون على نهائيته ، وذلك كله على الوجه التالى.

أولاً : المسائل المتعلقة بالولاية على النفس :

١- الدعاوى المتعلقة بحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به.

٢- الدعاوى المتعلقة بالنفقات وما فى حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها.

ويكون الحكم نهائيا إذا كان المطلوب لايتجاوز النصاب الانتهائى للقاضى الجزئى .... الخ » ونصت مادته العاشرة على أن : « تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التى لاتدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية، دعاوى الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة عليه.... الخ» .

وطبقا لرأينا فى الاختصاص قبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة٢٠٠٠، فإننا نرى أن الاختصاص بنظر المنازعات التى تنشأ عن تطبيق المادة (١٨ مكررا ثالثا) ينعقد للمحكمة الجزئية باعتبارها متعلقة بمسكن حضانة الصغير ، ومسكن حضانة الصغير من نفقته التى تختص المحكمةالجزئية بنظر الدعاوى المتعلقة بها.

أما طبقا لقضاء محكمة النقض – قبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠– فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة الابتدائية تأسيسا على أن المادة التاسعة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ حددت اختصاص المحاكم الجزئية على سبيل الحصر وليس من بينها طلب الحاضنة الاستقلال بمسكن الزوجية إعمالا لأحكام المادة (١٨ مكررا ثالثا) سالفة الذكر أو المنازعات الأخرى الناشئة عنها، فيدخل الاختصاص فى عموم المنازعات التى لاتدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية كما نصت المادة العاشرة من القانون.

١٤٤- حكم المادة (١٨مكررا ثالثا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ يتعلق بالنظام العام:

قصد الشارع بنص المادة (١٨ مكررا ثالثا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ رعاية جانب الصغار حماية للأسرة، وذلك بتوفير المسكن المناسب لهم فى مدة حضانتهم حتى ينجوا من التشريد بعد انفصال الأبوين بالطلاق، وذلك بعد أن أصبح العثور على المسكن أمرا صعب المنال. ومن ثم فان حكم هذه المادة يضحى متعلقا بالنظام العام،ويسرى بأثر فورى مباشر على آثار المركز القانونى التى لم تتحقق وتستقر بحكم نهائى قبل العمل به.

وقد اخذت محكمة النقض بهذا الراى- فى ظل القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩- اذ جرى قضاؤها على ان:

«لما كان القانون ٤٤ سنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية الذى صدر فى تاريخ لاحق للحكم المطعون فيه قد نص فى المادة الرابعة على أن للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر ما لم يهيئ لها المطلق مسكنا آخر مناسبا، وكان هذا النص- والغاية منه رعاية جانب الصغار حماية للأسرة- يعد متعلقا بالنظام العام فينطبق على واقعة الدعوى بأثر فورى».

(طعن رقم ٧٤٠ لسنة ٤٧ق- جلسة ١٩٨٢/١/٢٨).

ويترتب على ذلك أنه اذا اختارت الحاضنة استمرار المحضونين معها بمسكن الزوجية أو شغل المسكن الآخر الذى هيأه المطلق، فان حق المحضونين يكون قد تعلق بالمسكن تعلقا يتصل بالنظام العام، فلا يجوز لها التنازل عنه ولو كان التنازل للمطلق، فاذا تم هذا التنازل كان باطلا بطلانا مطلقا [١].

كما يبل لهما عنهما قبل اختيار لأحدهما ، لأنها تكون قد تنازلت عن حق الصغير وهى لاتملك ذلك

---

(١) الدكتور محمد حسين منصور ص٢٤ وما بعدها.

١٤٥- مدى اختصاص القضاء المستعجل بتمكين الحاضنة من الاستقلال بمسكن الزوجية وتمكين المطلق من استرداده:

تنص المادة ٤٥ مرافعات على أن: «يندب فى مقر المحكمة الابتدائية قاض من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة مع عدم المساس بالحق فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت.

أما فى خارج دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الابتدائية فيكون هذا الاختصاص لمحكمة المواد الجزئية.

على أن هذا لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضا بهذه المسائل اذا رفعت لها بطريق التبعية» .

ولما كان القضاء المدنى العادى يختص بالمنازعات المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية سواء منها المتعلقة بالمال أو النفس فان القضاء المستعجل يكون مختصا بتمكين الحاضنة من الاستمرار مع صغارها بمسكن الزوجية واسترداد المطلق لمسكن الزوجية عند انتهاء الحضانة اذا توافر شرطا اختصاصه وهما: الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق.

ولا يمنع من ذلك اختصاص محكمة الموضوع بهاتين المسألتين لأنها تصدر حكما موضوعيا فيهما بينما أحكام القاضى المستعجل وقتية واختصاص محكمة معينة بنظر نزاع معين بنص القانون لا يمنع من اختصاص القاضى المستعجل اذا توافر شرطا اختصاصه.

خامساً: إصدار النيابة العامة قرارات فى المنازعات المتعلقة بحيازة مسكن الزوجية

مضمون سلطة النيابة العامة فى إصدار القرارات:

١٤٦- (أ) - قبل العمل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢:[١]

أجازت الفقرة الخامسة من المادة (١٨ مكررا ثالثا) سالفة الذكر للنيابة العامة أن تصدر قرارات فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن (الزوجية) حتى تفصل المحكمة فيها.

فالقرار الذى تصدره النيابة العامة بشأن حيازة مسكن الحضانة هو قرار مؤقت إلى أن يتم الفصل فى النزاع من المحكمة المختصة. والمشرع بهذا النص- والذى ورد شبيه له فى الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩- يكون قد حسم خلافا كبيرا فى الفقه والقضاء حول مشروعية القرارات التى تصدرها النيابة العامة فى منازعات الحيازة التى لا تشكل جريمة (أنظر البند التالى)، فأصبح هذا النص سندا تشريعيا لهذه القرارات فى النزاع الذى يحدث بين الحاضنة والمطلق[٢].

---

(١) بتعديل بعض أحكام قوانين المرافعات المدنية والتجارية والإثبات فى المواد المدنية والتجارية والعقوبات والإجراءات الجنائية وحالات واجراءات الطعن أمام محكمة النقض والرسوم القضائية ورسوم التوثيق فى المواد المدنية.

(٢) وكانت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) قد قضت بتاريخ ٢٠ يناير ١٩٦٤ فى الطعن ١٠٢٣ لسنة ٣٣ق بأن: =

والملاحظ أن الفقرة المذكورة أعطت الحق فى اصدار القرار فيما يثور من منازعات بشأن حيازة المسكن، للنيابة العامة، دون أن تقصره على عضو بدرجة معينة من بين أعضاء النيابة العامة. وذلك بعكس الحال فى ظل القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩، اذ كانت الفقرة الثالثة من المادة الرابعة تقصر الحق فى اصدار القرار على النائب العام أو المحامى العام[١].

ومع ذلك فان اطلاق النص فى القانون الجديد ليس له أهمية من الناحية العملية، لأن المادة ٨٣٤ بند (٥) من التعليمات العامة للنيابات- الكتاب الأول (والتى أبقى عليها الكتاب الدورى الصادر من النائب العام برقم٨ لسنة١٩٨٢) تنص على أن يرسل المحامون العامون أو رؤساء النيابة الكلية منازعات الحيازة المتعلقة بتطبيق المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ (والتى حلت محلها المادة ١٨ مكررا ثالثا من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) مشفوعة بمذكرة بالرأى للمحامين العامين لدى محاكم الاستئناف (المحامين العامين الأول الآن) للتصرف فيها. أى أن البند المذكور جعل اصدار القرار من اختصاص المحامى العام الأول (الآن) لدى محكمة الاستئناف.

= «الأمر بمنع التعرض الذى تصدره النيابة العامة بعد حفظ الشكوى إدارياً لا يعدو أن يكون إجراء تصدره النيابة فى غير خصومة جنائية ولا يقصد به سوى معاونة رجال الضبطية القضائية على حفظ الأمن مما يخرج بطبيعته عن وظيفة النيابة العامة القضائية».

(١) ومن الغريب أن تذكر المذكرة الايضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أن الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من الاقتراح بمشروع القانون (وهى تعنى المادة ١٨ مكررا ثانيا) تجيز «للنائب العام أو المحامى العام اصدار قرار مؤقت فيما يثور من منازعات بشأن حيازة المسكن المشار اليه حتى تفصل المحكمة نهائيا فى النزاع». رغم أن مشروع المادة لم يقصر الحق فى اصدار القرار على النائب العام والمحامى العام.

١٤٧- اقتصار حكم الفقرة الخامسة من المادة (١٨مكررا ثالثا) على منازعات الحيازة التى لا تشكل جريمة:

الحق المخول للنيابة العامة فى اصدار قرار فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن (الزوجية) المنصوص عليه بالفقرة الخامسة من المادة ١٨ (مكررا ثالثا)، ينصرف فقط الى المنازعات التى لا تشكل جريمة. ذلك أن منازعات الحيازة التى تشكل جريمة، تتدخل فيها النيابة العامة بإصدار قرارات مؤقتة بشأن الحيازة طبقا للتنظيم الذى وضعه الشارع فى قانون الاجراءات الجنائية فى المواد من (١٠١ – ١٠٩) الخاصة بالتصرف فى الأشياء المضبوطة، فالنيابة تتدخل فى هذه المنازعات بوصفها سلطة التحقيق الابتدائى والأمينة على الدعوى الجنائية، فهى تختص بمباشرة التحقق فى هذه الجرائم، كما تختص فى ذات الوقت بالتدخل فيما يثور من أنزعة معينة تنشأ عن الجريمة التى تجرى فيها التحقيق، فتصدر قرارات أو أوامر فى نطاق سلطتها القضائية تفصل فيها فى هذه الأنزعة وتكون هذه القرارات والأوامر قرارات وأوامر قضائية[1]. فإذا كان النزاع على الحيازة يشكل جريمة دخول بيت مسكون بقصد منع حيازته بالقوة (م ٣٧٠ عقوبات)[2] أو جريمة دخول بيت مسكون وعدم الخروج منه بناء على تكليف ممن لهم الحق فى ذلك (م ٣٧٣ عقوبات)[٢٢]، فإن النيابة لها أن تصدر أمرا من أوامر التحقيق برد الحيازة الى صاحب الحق فيها وهو من فقد الحيازة بالجريمة أى المجنى عليه (م ١٠٢ من قانون الاجراءات الجنائية). ذلك أن قواعد رد حيازة الأشياء الواردة فى قانون الاجراءات الجنائية تنطبق على حيازة المنقول كما تنطبق على حيازة

---

(١) الدكتور أحمد فتحى سرور الوسيط فى قانون الاجراءات الجنائية الجزءان ١، ٢ طبعة مجلة القضاة ١٩٨٠ص ٧١٠ وما بعدها- المحكمة الادارية العليا الطعن ٨٧ لسنة ٢٣ق ١٩٧٨/١/١٠- مستعجل القاهرة فى ١٩٧٨/١/١٢ الدعوى رقم ٣٩٦١ لسنة ١٩٧٧.

(٢) عدلت هذه المادة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢.

العقار، فلفظة الأشياء الواردة فى المواد من (١٠١- ١٠٩) هى لفظة مرسلة خالية من أى قيد يقيدها بمعنى أو يصرفها اليه، والقاعدة أن ما ورد دون تخصيص فلا موجب لتخصيصه، كما أن لفظة الأشياء من الناحية اللغوية تتسع لتشمل المنقول وتشمل العقار فى ذات الوقت، ولا يوجد فى أحكام قانون الاجراءات الجنائية فى المواد المذكورة ما يحول دون انطباق لفظة الأشياء على العقار، ويؤكد هذا النظر ما جاء فى المذكرة التفسيرية عن المواد من (٥٩٧- ٦٠٥) من مشروع الحكومة التى أصبحت المواد من (١٠١- ١٠٩) من قانون الإجراءات الجنائية أنه قصد بذلك «... التيسير على الأفراد فى استرداد أموالهم التى استوجبت ضبطها تحقيق القضايا الجنائية أو الحكم فيها وذلك من غير حاجة الى رفع دعاوى أمام المحاكم المدنية تكبدهم المشاق والنفقات. وتخفيفا لأثر الجريمة على المجنى عليه رؤى أن يمكن من استرداد المال الذى خرج من يده بسببها بأسرع طريق، ورعى فى الوقت نفسه ألا تزدحم دور المحاكم بأشياء لم يبق موجب لحفظها بها...» فالمذكرة التفسيرية قد عبرت عن الأشياء التى ترد حيازتها الى صاحب الحق فى الحيازة بالمال، والمال يشمل العقار والمنقول[١].

ويؤيد ما ذهبنا اليه من أن حكم الفقرة الخامسة من المادة (١٨ مكررا ثالثا) يقتصر على منازعات الحيازة التى لا تشكل جريمة ما جاء بالكتاب الدورى

(١) شريف كامل فى مشاكل الحيازة أمام النيابة العامة ص٩٤ وما بعدها- الدكتور رؤوف عبيد مبادئ الاجراءات الجنائية فى القانون المصرى الطبعة الحادية عشرة ١٩٧٦ص١٨٧ وما بعدها- إلا أن محكمة النقض قضت بأن وضع اليد على عقار سلبت حيازته بالقوة لا يعتبر ضمن التعويضات الناشئة عن ارتكاب الجريمة، ولا اختصاص للمحكمة الجنائية به.(نقض طعن ١٩٤٨/٦/٨ مجموعة القواعد جـ٧- ٥٨٨ رقم ٦٢٤).

وقد انتقد الفقه- بحق- هذا القضاء لأن رد حيازة العين المتنازع عليها إن لم يعد تعويضا فهو من صور الرد الذى تختص به المحكمة الجنائية (رءوف عبيد ص١٨٧ وما بعدها- الدكتور مأمون سلامة قانون الاجراءات الجنائية طبعة مجلة القضاة ١٩٨٠ ص٦٦٠).

الصادر من النائب العام برقم ٦ لسنة ١٩٨١ بتاريخ ١٩٨١/٢٢/٨ (والذى ألغى فيما بعد بالكتاب الدورى رقم ٨ لسنة ١٩٨٢) من أن:

«لما كان المقرر أن النيابة العامة تتدخل فى منازعات الحيازة فى حالتين:

أولاً: إذا انطوت المنازعة على جريمة من جرائم انتهاك حرمة ملك الغير المنصوص عليها فى المواد من ٣٦٩ إلى ٣٧٣ من قانون العقوبات أو جرائم الاعتداء على الحيازة الواردة فى المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

ثانياً: إذا كانت منازعة الحيازة مدنية ولكن تدخل النيابة العامة فيها يكون اما بنص صريح فى القانون كمنازعة حيازة مسكن الحضانة المنصوص عليها فى المادة الرابعة من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية أو لحفظ الأمن العام استنادا للمادة ٣٢ من قانون السلطة القضائية، ٢٣ من قانون الاجراءات الجنائية»[1].

وقد تدخل الشارع أخيرا بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ بوضع نظام يكفل حماية الحيازة فى الحالات التى يشكل فيها الاعتداء على الحيازة جريمة، بأن أضاف إلى قانون العقوبات مادة جديدة برقم ٣٧٣ مكرراً بمقتضاها أجاز للنيابة العامة متى قامت دلائل كافية على جدية الاتهام فى الجرائم المنصوص عليها فى المادة ٣٦٩ عقوبات وما بعدها أن تأمر باتخاذ اجراء تحفظى لحماية الحيازة، على أن يعرض هذا الأمر خلال ثلاثة أيام على

---

(١) قارن شريف كامل فى مؤلفه ملحق مشاكل الحيازة طبعة ١٩٨٢ ص٧٣- إذ يرى أن حكم الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقابلة للفقرة الخامسة من المادة (١٨مكررا ثالثا) من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ يسرى على المنازعات التى تشكل جريمة وتلك التى لا تشكل جريمة.

القاضى الجزئى المختص، لإصدار قرار مسبب خلال ثلاثة أيام على الأكثر بتأييده أو بتعديله أو بإلغائه.

(أنظر بنود ١٥٤ وما بعده).

١٤٨- طبيعة القرار الصادر من النيابة العامة طبقاً للفقرة الخامسة من المادة (١٨ مكرراً ثالثاً):

قدمنا أن نص الفقرة الخامسة من المادة (١٨ مكرراً ثالثاً) من القانون رقم ١٠٠ سنة ١٩٨٥ قد تناول القرار الذى تصدره النيابة العامة فى المنازعات التى تنشأ بين الحاضنة والمطلق حول حيازة مسكن (الزوجية) التى لا تشكل جريمة وقد تغيا الشارع من هذا النص أمرين:

الأول: حماية الصغار من التشريد بإصدار قرار مؤقت بتمكين الحاضنة وصغار المطلق من حيازة مسكن (الزوجية) إذا توافرت الشروط المطلوبة حتى يفصل فى النزاع من المحكمة المختصة، ولا يخفى أن فى حماية الطفولة وتأمينها تحقيق لمصلحة عامة ولذلك نص بالمادة العاشرة من دستور البلاد على أن «تكفل الدولة الأمومة والطفولة وترعى النشء والشباب..».

الثانى: معاونة الضبطية الإدارية فى واجبها فى المحافظة على الأمن العام - رغم عدم وجود جريمة فى الأمر - لما ينتج عن الخلاف بين المطلق والحاضنة على حيازة مسكن (الزوجية) من صراع قد يؤدى إلى الاخلال بالأمن العام.

ومن ثم فإن هذا القرار هو فى طبيعته قرار إدارى وليس قراراً قضائياً.

الطعن فى قرار النيابة العامة الصادر فى منازعات حيازة مسكن الزوجية:

هناك طريقان للطعن فى القرار الصادر من النيابة العامة هما طريق الطعن القضائى وطريق التظلم الإدارى.

١٤٩- اولاً: طريق الطعن القضائى:

يجوز للمتضرر من قرار النيابة العامة التظلم من هذا القرار بطلب الغائه أمام محكمة القضاء الإدارى عملاً بالبند (خامساً) من الفقرة الأولى من المادة العاشرة من القرار بقانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ (المعدل) بشأن مجلس الدولة، التى تجرى على أن تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى «الطلبات التى يقدمها الأفراد أو الهيئات بالغاء القرارات الإدارية النهائية».

وتختص بنظر دعوى الالغاء محكمة القضاء الإدارى (م١٣).

ويجب أن يكون مبنى الطعن فى القرار عدم الاختصاص أو عيباً فى الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ فى تطبيقها أو تأويلها أو اساءة استعمال السلطة (م١٠/١٠).

ولا يترتب على رفع الدعوى إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب الغاؤه، على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه إذا طلب ذلك فى صحيفة الدعوى ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها (م١/٤٩) وترفع الدعوى خلال ستين يوماً من تاريخ اعلان صاحب الشأن بالقرار (م٢٤)، ويقوم مقام الإعلان العلم اليقينى بالقرار.

ولا يشترط لرفع دعوى الالغاء أن يسلك المتضرر طريق التظلم الإدارى فى القرار، وانما يجوز رفع الدعوى مباشرة دون سلوك هذا الطريق (مفهوم المخالفة للمادة ١٢ب). إلا أنه إذا سلك المتضرر طريق التظلم الإدارى فان

التظلم يقطع سريان ميعاد الستين يوماً المحدد لرفع دعوى الالغاء، فلا يسرى هذا الميعاد من تاريخ اعلان المتظلم بالقرار أو علمه به علماً يقينياً (م٢٤/٢).

ويجب أن يبت فى التظلم قبل مضى ستين يوماً من تاريخ تقديمه[1]. ويعتبر مضى ستين يوماً على تقديم التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة رفضه (م٢٤/٢) ويكون ميعاد رفع دعوى الالغاء ستين يوماً من تاريخ انقضاء الستين يوماً المذكورة.

كما تختص محكمة القضاء الإدارى بنظر طلبات التعويض عن القرار الصادر من النيابة العامة سواء رفعت بصفة أصلية أو بالتبعية لطلب الالغاء (م١٠/١ عاشراً، ١٣)، ومحل ذلك أن يكون قد لحق المتضرر ثمة ضرر من هذا القرار.

١٥٠- ثانيا: طريق التظلم الإدارى:

نصت المادة ٨٣٤ بند «٥» من التعليمات العامة للنيابات – الكتاب الأول طبعة ١٩٨٠ (والتى أبقى عليها الكتاب الدورى الصادر من النائب العام برقم ٨ لسنة ١٩٨٢، ولم يتصد لها الكتاب الدورى رقم ١٣ لسنة ١٩٨٥ الصادر بتاريخ ١٩٨٥/٨/١٩ بعد العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥)، على أن يرسل المحامون العامون أو رؤساء النيابة الكلية منازعات الحيازة المتعلقة بتطبيق المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ (المقابلة للمادة ١٨ مكرراً ثالثاً من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) مشفوعة بمذكرة بالرأى للمحامين العامين لدى محاكم الاستئناف للتصرف فيها.

أى أن البند المذكور أوجب إصدار القرار فى المنازعات المشار إليها من المحامى العام لدى محكمة الاستئناف (المحامى العام الأول الآن).

---

(١) ولم يجر العمل فى النيابة العامة على التقيد بهذا الميعاد.

ولم تضع تعليمات النيابة ثمة قواعد للتظلم من قرار المحامى العام (الأول) الذى يصدره فى المنازعات المذكورة، وكان يستهدى فى هذا الشأن بأحكام الكتاب الدورى رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٧ الصادر من النائب العام بتاريخ ١٩٧٧/١٠/٣٠ والقواعد العامة فى التظلم الإدارى، والكتاب الدورى المشار إليه كان ينظم اجراءات اصدار القرارات فى منازعات الحيازة والتظلم منها، إلا أن هذا الكتاب قد ألغى بالكتاب الدورى رقم ٨ لسنة ١٩٨٢ الصادر من النائب العام بتاريخ ١٩٨٢/٤/٢٨ ، ومن ثم فاننا قد رأينا أن يتبع فى شأن التظلم من القرار القواعد العامة فى التظلم الإدارى.

وبالبناء على ما تقدم فان التظلم من قرار المحامى العام الأول اما أن يقدم إلى مصدره (المحامى العام الأول) أو إلى الجهة الرئاسية (النائب العام) غير أن العمل قد جرى على أن يقدم التظلم إلى الجهة الرئاسية (النائب العام) مباشرة.

وقد فوض النائب العام النواب العامين المساعدين لدى نيابات الاستئناف فى نظر هذه التظلمات.

١٥١- القرار الصادر من النيابة العامة وقتى:

القرار الصادر من النيابة العامة فى منازعات الحيازة على مسكن (الزوجية) قرار وقتى، بمعنى أن أثره يزول بصدور حكم نهائى فى موضوع الحيازة من المحكمة المختصة.

١٥٢- تعليمات النيابة العامة فى شأن النزاع على حيازة مسكن الزوجية:

نصت المادة ٨٣٤ من التعليمات العامة للنيابات - الكتاب الأول سنة ١٩٨٠ - والتى أبقى عليها الكتاب الدورى رقم ٨ لسنة ١٩٨٢ الصادر من النائب العام بتاريخ ١٩٨٢/٤/٢٨ - والتى مازال العمل جارياً بها فى ظل

القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على بعض القواعد التى تتبع عند حصول نزاع على حيازة مسكن الزوجية، فجرت على أنه:

«إذا ثار نزاع بين الزوجين على حيازة مسكن الزوجية يبادر أعضاء النيابة إلى فحصه وتحقيق عناصره، ومتى أصبح صالحاً للتصرف يبعثون بأوراقه إلى النيابة الكلية مشفوعة باقتراحهم القرار الذى يرون إصداره والسند فى ذلك، وذلك على ضوء ما يلى:

١ - فى حالة ما إذا شجر نزاع بين الزوجين مع قيام رابطة الزوجية يكون الاقتراح بتمكين كل من الطرفين من استمرار حيازته للمسكن.

٢ - إذا وقع طلاق رجعى، يقترح تمكين كل من الزوجين طوال فترة العدة من استمرار حيازته للمسكن.

٣ - فى حالة الطلاق البائن، إذا لم يكن للزوجين أولاد يقيمون بمسكن الزوجية يقترح تمكين المالك أو المستأجر منهما للمسكن ومنع تعرض الآخر له فيه.

٤ - إذا كان الطلاق بائناً، وللمطلقة صغير فى حضانتها يقترح تمكين المطلقة الحاضنة من استمرار اقامتها بمسكن الزوجية المؤجر دون الزوج المطلق حتى يفصل القضاء نهائياً فى أمر النزاع.. الخ»[(١)].

١٥٣- تدخل النيابة العامة فى منازعات الحيازة على مسكن (الزوجية) إذا كانت تنطوى على جريمة:

نص القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ وقانون الاجراءات الجنائية

---

(١) وكان ينبغى تعديل التعليمات لتشمل تمكين المطلقة الحاضنة من الاستمرار فى حيازة المسكن غير المؤجر أيضاً تمشياً مع المادة (١٨ مكرراً ثالثاً) من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ وقانون الاجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠، فى مادته الرابعة على أن تضاف إلى قانون العقوبات مواد جديدة منها المادة ٣٧٣ مكرراً وتصها كالآتى:

«يجوز للنيابة العامة متى قامت دلائل كافية على جدية الاتهام فى الجرائم المنصوص عليها فى المواد السابقة من هذا الباب أن تأمر باتخاذ إجراء تحفظى لحماية الحيازة، على أن يعرض هذا الأمر خلال ثلاثة أيام على القاضى الجزئى المختص، لاصدار قرار مسبب خلال ثلاثة أيام على الأكثر بتأييده، أو بتعديله أو بالغائه.

ويجب رفع الدعوى الجنائية خلال ستين يوماً من تاريخ صدور هذا القرار، وعلى المحكمة - عند نظر الدعوى الجنائية - أن تفصل فى النزاع بناء على طلب النيابة العامة أو المدعى بالحقوق المدنية أو المتهم بحسب الأحوال وبعد سماع أقوال ذوى الشأن بتأييد القرار أو بالغائه، وذلك كله دون مساس بأصل الحق.

ويعتبر الأمر أو القرار الصادر كأن لم يكن عند مخالفة المواعيد المشار إليها، وكذلك إذا صدر أمر بالحفظ أو بأن لا وجه لاقامة الدعوى».

فالمشرع بهذا النص أجاز للنيابة العامة التدخل فى منازعات الحيازة التى تشكل جريمة باتخاذ اجراء تحفظى لحماية الحيازة، على أن يعرض الأمر الصادر منها على القاضى الجزئى بالتفصيلات الواردة بالنص.

ولما كان القرار المؤقت الذى تصدره النيابة العامة فيما يثور من منازعات بين المطلق والحاضنة بشأن حيازة مسكن (الزوجية) وفقاً للفقرة الخامسة من المادة (١٨ مكرراً ثالثا) من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ قاصراً على المنازعات التى لا تشكل جريمة - كما أوضحنا فى بند (٣٨٧) - فان نص المادة ٣٧٣ مكرراً عقوبات المضافة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ تسرى على المنازعات السابقة إذا كانت تشكل جريمة، كما تسرى على المنازعات التى

تنشأ بين المطلق أو الحاضنة وبين الغير بشأن مسكن (الزوجية)، كالشأن في كافة منازعات الحيازة التى تنشأ عن جرائم الاعتداء على الحيازة المنصوص عليها بالباب الرابع عشر من الكتاب الثالث من قانون العقوبات. وبالبناء على ذلك فانه لا يكون هناك ثمة تعارض بين نص الفقرة الخامسة من المادة (١٨ مكرراً ثالثاً) من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وبين المادة ٣٧٣ مكرراً عقوبات، لأن لكل منهما مجاله فى التطبيق[١].

ونحيل فى دراسة المادة ٣٧٣ مكرراً عقوبات إلى مؤلفات قانون العقوبات ومؤلفات الحيازة.

١٥٤- (ب) - بعد العمل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢:

بتاريخ أول يونية سنة ١٩٩٢ صدر القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ بتعديل بعض أحكام قوانين المرافعات المدنية والتجارية والإثبات فى المواد المدنية والتجارية والعقوبات والإجراءات الجنائية وحالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض والرسوم القضائية ورسوم التوثيق فى المواد المدنية، ونشر بالجريدة الرسمية العدد

---

(١) ومن رأينا الوارد بالمتن المستشار مصطفى هرجه فى مؤلفه الحيازة داخل وخارج دائرة التجريم الطبعة الثانية سنة ١٩٨٥ ص١٠٧ وما بعدها. (وهذا الرأى ورد فى ظل القراربقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩) - أما الرأى الذى ذهب إلى أن حكم الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ (المقابلة للفقرة الخامسة من المادة ١٨ مكرراً ثالثاً من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) - على التفصيل السابق، يسرى على المنازعات التى تنشأ بين المطلق والمطلقة الحاضنة بشأن حيازة مسكن الزوجية المؤجر سواء كانت تشكل جريمة أم لا (راجع بند ١٤٧) فانه يرى أن هذه الفقرة وحدها هى واجبة التطبيق بشأن المنازعات المذكورة دون نص المادة ٣٧٣ مكرراً عقوبات، باعتبارها نصاً خاصاً يتناول بالتنظيم نوعاً خاصاً من منازعات الحيازة، بينما نص المادة ٣٧٣ مكرراً عقوبات نص عام، والقاعدة أن الخاص يقيد العام - شريف كامل فى ملحق مشاكل الحيازة ص٧٢ وما بعدها.

٢٢ (مكرر) الصادر فى أول يونية سنة ١٩٩٢ وعمل به من أول أكتوبر سنة ١٩٩٢ (م١٢ من القانون).

وقد نصت مادته الرابعة على أن يضاف إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية مادة جديدة برقم ٤٤ (مكرراً). وهذه المادة تنص على أن:

«يجب على النيابة العامة متى عرضت عليها منازعة من منازعات الحيازة، مدنية كانت أو جنائية، أن تصدر فيها قراراً وقتياً مسبباً واجب التنفيذ فوراً بعد سماع أقوال أطراف النزاع وإجراء التحقيقات اللازمة، ويصدر القرار المشار إليه من عضو نيابة بدرجة رئيس نيابة على الأقل.

وعلى النيابة العامة إعلان هذا القرار لذوى الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره.

وفى جميع الأحوال يكون التظلم من هذا القرار لكل ذى شأن أمام القاضى المختص بالأمور المستعجلة بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة فى ميعاد خمسة عشر يوماً من يوم إعلانه بالقرار، ويحكم القاضى فى التظلم بحكم وقتى بتأييد القرار، أو بتعديله أو بإلغائه. وله بناء على طلب المتظلم أن يوقف تنفيذ القرار المتظلم منه إلى أن يفصل فى التظلم».

ثم نصت المادة التاسعة من القانون على إلغاء المادة ٣٧٣ مكرراً من قانون العقوبات سالفة الذكر والتى كان حكمها مقصوراً على الحالات التى تقوم فيها دلائل كافية على جدية الاتهام بارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى الباب الرابع عشر من الكتاب الثالث من قانون العقوبات المتعلقة بانتهاء ملك الغير.

ورغم أن نص المادة ١٨ مكرراً ثالثاً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الذى خول النيابة العامة الحق فى أن تصدر قراراً فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية حتى تفصل المحكمة فيها، هو حكم خاص، فى حين أن ما تقرره المادة ٤٤

مكرراً مرافعات هو حكم عام، وأن القاعدة الخاصة تقيد أو تعطل القاعدة العامة فيما تختلفان فيه، إلا أنه لا يوجد ثمة تعارض بين ما قضت به كل من المادتين، ذلك أن ما نصت عليه القاعدة الخاصة الواردة فى قانون الأحوال الشخصية، جاءت مادة المرافعات لتعممه فى جميع منازعات الحيازة، كما أن ما أغفلته القاعدة الخاصة المذكورة من إجراءات نظر المنازعة ومقومات قرار النيابة وسبيل تنفيذه والطعن فيه، فصلته مادة المرافعات وبناء على ذلك لم تعد مادة الأحوال الشخصية تلك، تتضمن ثمة استثناء من مادة المرافعات، وبالتالى أضحت منازعات حيازة مسكن الزوجية خاضعة لما تخضع له جميع منازعات الحيازة عموماً من حيث اختصاص النيابة العامة وإجراءات نظرها وإصدار القرار فيها والتظلم منه[1].

وتوجز احكام المادة ٤٤ مكررا فيما يلى:

١ - أن النيابة العامة تصدر قرارات فى منازعات الحيازة التى تعرض عليها سواء كانت هذه المنازعات مدنية أو جنائية، فإذا كانت المنازعة جنائية بأن

---

(١) التعليق على الجديد لبعض الأحكام المستحدثة فى قانون المرافعات بحث للمستشار عزت حنوره منشور بمجلة القضاة السنة ٢٥ العدد الثانى يوليو - ديسمبر ١٩٩٢ ص٣٢٣ - نحو أسلوب موحد فى تطبيق المادة ٤٤ مكرراً من قانون المرافعات بمعرفة النيابة العامة وقاضى الأمور المستعجلة بحث للأستاذ خيرى أحمد الكباش بمجلة القضاة السنة ٢٥ العدد السابق ص٣٤٤ - وعكس ذلك المستشار مصطفى هرجه فى مؤلفه الموجز فى التنظيم القانونى الجديد لمنازعات الحيازة ١٩٩٣ ص٩٥ إذ يرى أن نص المادة ١٨ مكرراً ثالثاًهو الذى يعمل به فى منازعات مسكن الزوجية تطبيقاً لقاعدة أن القانون العام لا يلغى القانون الخاص وإنما العكس هو الصحيح أى أن القانون الخاص لا يلغيه إلا قانون خاص مثله ولا ينسخ بقانون عام ما لم يكن التشريع الجديد الذى أورد الحكم العام قد أشار بعبارة صريحة إلى الحالة التى كان يحكمها القانون الخاص وجاءت عباراته قاطعة فى سريان حكمه فى جميع الأحوال وهذا ما لم يقصده المشرع فى المادة ٤٤ مكرراً، وينبنى على ذلك أنه لا يجوز التظلم من القرار أمام قاضى الأمور المستعجلة.

كانت تنطوى على إحدى الجرائم المنصوص عليها فى المواد من ٣٦٩ إلى ٣٧٣ من قانون العقوبات، فإن هذا لا يحول بين النيابة وبين رفع الدعوى الجنائية.

وعلى هذا نص البند رابعاً من الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر من النائب العام بتاريخ ١٩٩٢/١٠/١ . وبالترتيب على ذلك إذا أصدرت النيابة قراراً بابقاء الحال على ما هى عليه، فإن معنى ذلك أنها رأت من الأوفق عدم تغيير المراكز الواقعية للخصوم. ويعتبر قرارها هذا متعلقاً بالحيازة.

إنما لا يجوز للنيابة إذا عرض عليها منازعة من منازعات الحيازة أن تكتفى بحفظ الأوراق إدارياً. وإذا حدث ذلك كان للمتضرر التظلم من هذا القرار إلى السلطة الرئاسية، فإذا كان القرار صادراً من رئيس النيابة مثلاً تظلم منه أمام المحامى العام[١].

٢ - أوجب النص أن يصدر القرار من عضو نيابة بدرجة رئيس نيابة على الأقل، وذلك حتى يكون لمصدر القرار الخبرة والدراية اللازمة لما تتسم به هذه المنازعة من أهمية خاصة[٢].

فإذا كان أقدم أعضاء النيابة الجزئية ليس بدرجة رئيس نيابة، كان لأى من أعضائها بعد تحقيق الواقعة - بالتفصيل الذى سيرد ذكره - إرسال الأوراق إلى رئيس النيابة الكلية مشفوعة بمذكرة بالرأى يقترح فيها ما يراه فى النزاع ليصدر رئيس النيابة قراره فيها، سواء بالموافقة لرأيه أو بالمخالفة له، ثم تعاد الأوراق إلى النيابة الجزئية لإعلان القرار لذوى الشأن.

أما إذا صدر القرار من عضو نيابة تقل درجته عن درجة رئيس نيابة، كان القرار باطلاً لأنه اختصاص يشبه الاختصاص النوعى للمحاكم وبالتالى يتعلق

---

(١) مصطفى هرجه ص٢١.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢

بالنظام العام ذلك أن قرار النيابة فى هذه الحالة تكون له حجيته إلى أن يلغى على نحو ما سيلى.

وقد أوجب الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر من النائب العام أن يصدر القرار من المحامى العام المختص وعلى المحامى العام المختص استطلاع رأى المحامى العام الأول فى الهام من تلك المنازعات (بند أولا) .

وغنى عن البيان أن مخالفة حكم الكتاب الدورى المذكور لا يترتب عليه البطلان لأنه مجرد تعليمات إدارية صادرة إلى أعضاء النيابة من سلطتهم الرئاسية.

أما الاختصاص المحلى فيثبت للنيابة الكائن بدائرتها العين محل المنازعة.

وقد أصدر النائب العام الكتاب الدورى رقم (١٠) لسنة ١٩٩٨ بتاريخ ١٩٩٨/٥/٢٠ ناط فيه بالمحامى العام بنيابة الأحوال الشخصية إصدار قرار الحيازة.

فإذا كانت النيابة الجزئية التى تقع فى دائرتها العين محل النزاع لاتدخل فى نطاق دائرة إحدى النيابات الكلية للأحوال الشخصية فيصدر القرار من المحامى العام بالنيابة الكلية.

٣- القرار الصادر من النيابة فى منازعة الحيازة قرار قضائى يفصل بصفة مؤقتة فى خصومة، ولذلك نصت المادة على أن يصدر القرار بعد سماع أقوال أطراف النزاع وإجراء التحقيقات اللازمة. بما مؤداه إتاحة الفرصة لكل منهم لإبداء دفاعه وهو ما يستلزم تحقق المواجهة بالخصومة وذلك بإعلان من لم يمثل فى التحقيق بشخصه أو بوكيل عنه.

ولا يشترط أن تجرى النيابة التحقيق بنفسها وإنما يجوز لها التعويل على محضر جمع الاستدلالات. وإذا أجرت النيابة التحقيق بنفسها فلا يشترط إجراؤه من عضو بدرجة رئيس نيابة على الأقل. والمشرع وإن وصف قرار النيابة بأنه وقتى إلا أنه لم يقرنه بشرط عدم المساس بأصل الحق، لأن الحكم الوقتى ليس دائماً مستعجلاً، ولذلك جعل إصدار قرار فاصل فى المنازعة أمراً وجوبياً على النيابة كما ناط بها إجراء التحقيقات اللازمة لإصداره ومن ثم لا يجوز للنيابة العامة الامتناع عن إصدار القرار بحجة أن الفصل فى النزاع يحتاج إلى تغلغل فى الموضوع بما ينطوى على المساس بأصل الحق[(١)].

٤- أوجب النص أن يصدر قرار النيابة مسبباً فيجب أن يشتمل القرار على عرض مجمل لوقائع النزاع وطلبات أطرافه وخلاصة موجزة لأوجه دفاعهم ثم الأسانيد المرجحة لما انتهى إليه القرار.

وكذلك يجب أن يشتمل القرار على بيان تاريخ ومكان إصداره واسم وصفة من أصدره وتوقيعه[(٢)].

وعلى ذلك لا يصلح التسبيب المبتسر أو القاصر.

والجزاء على عدم التسبيب أو التسبيب المبتسر أو القاصر هو البطلان لأنه أمر يتعلق بحقوق الخصوم وضمان لهم ويتعلق بالتالى بالنظام العام. ومن ثم لا يشترط أن يتمسك به الخصوم[(٣)].

٥- القرار الصادر من النيابة وقتى لأنه معلق على نتيجة التظلم منه أمام قاضى الأمور المستعجلة أو صدور حكم من محكمة الموضوع إذا لجأ صاحب الشأن إلى هذا الطريق.

---

(١) المستشار عزت حنوره ص٣٢٤.

(٢) عزت حنوره ص٣٤٢.

(٣) عز الدين الدناصورى وحامد عكاز شرح القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ طبعة ١٩٩٣ ص٢٨ وما بعدها.

٦- يجب على النيابة إعلان القرار الصادر منها لذوى الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدور القرار.

ولا يغنى عن الإعلان علم ذوى الشأن بصدور القرار ولو كان علماً يقينياً قياساً على المبادئ المقررة فى قانون المرافعات من أن الطعن فى الحكم لا يبدأ إلا من تاريخ الإعلان لا العلم به فى الحالات التى يوجب فيها القانون الإعلان.

ولا يحسب فى الميعاد اليوم الذى صدر فيه القرار ويحسب فيه اليوم الأخير منه (م١٥ مرافعات).

والمقصود بذوى الشأن الذى يعلن إليهم القرار، الشاكى والمشكو فى حقه وكل من سئل فى التحقيقات وأضير من قرار النيابة أى كل من يعتبر أن قرار النيابة قد صدر ضده. والذى يحدد هؤلاء هو عضو النيابة الذى أصدر القرار المؤقت إذ هو الأقدر على تحديد الخصوم، ومن ثم لا يجوز أن يترك ذلك لقلم الكتاب[١].

غير أنه من المتصور أن يوجد من بين ذوى الشأن من لم يمثل فى التحقيقات أو يظهر فيها على الإطلاق وهنا يتعذر إعلانه. وهذه ثغرة فى النص، لأن ميعاد التظلم سيكون مفتوحاً أمام الأخير.

ولم يحدد النص وسيلة الإعلان، ومن ثم يلجأ إلى الطرق المقررة فى قانون المرافعات.

وتطبيقاً لذلك نص الكتاب الدورى رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ (محضرين)

---

(١) المستشار مصطفى هرجه ص ٢٨.

الصادر من مساعد وزير العدل لشئون المحاكم بتاريخ ١٩٩٢/١١/٢ على أن: «يقوم المحضرون بإعلان القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحيازة المدنية أو الجنائية، إلى ذوى الشأن خلال المواعيد المحددة وفقاً لأحكام قانون المرافعات» (بند أولاً- راجع أيضاً البند ثانياً من الكتاب الدورى الصادر من النائب العام برقم ١٥ لسنة ١٩٩٢).

والميعاد المقرر لإعلان القرار ميعاد تنظيمى قصد به حث همة النيابة على إعلانه بسرعة ولا يترتب على مخالفته ثمة بطلان.

٧- نصت المادة على أن القرار الصادر من النيابة واجب النفاذ فوراً ومعنى ذلك نفاذ القرار دون التوقف على الفصل فى التظلم الذى يرفع أمام القاضى المستعجل أو فوات ميعاد التظلم.

٨- ذهب الرأى الغالب فى الفقه إلى أنه لما كان القرار الصادر من النيابة يعتبر سنداً تنفيذياً فإنه يجوز الاستشكال فى تنفيذه عملاً بالمادة ٣١٢ مرافعات التى لم تقصر الاستشكال على الأحكام أو ما يعتبر من قبيلها، وإنما عممته على جميع السندات التنفيذية[١].

بينما ذهب رأى آخر إلى أنه لا يجوز الاستشكال فى تنفيذ القرار، ذلك أن المشرع اكتفى بوقف تنفيذه عن طريق القاضى المستعجل الذى ينظرا التظلم فى هذا القرار، وبناء على طلب المتظلم[٢]. وقد أخذ الكتاب الدورى رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ (محضرين) الصادر من مساعد وزير العدل لشئون المحاكم بالرأى الثانى. إذ نص فى عجز البند (ثالثاً) منه على أن: «ولا يعتبر الإشكال أثناء التنفيذ طريقاً للتظلم ولا يترتب عليه وقف التنفيذ».

---

(١) المستشار عزت حنوره ص٣٢٦ - الأستاذ خيرى الكباس ص٣٤٨ - المستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز ص٣٥.

(٢) المستشار مصطفى هرجه ص٢٢.

كما نص فى الفقرة الثانية من ذات البند على أنه: «ولا يجوز فى أى حال من الأحوال وقف تنفيذ القرار إلا بأمر من قاضى الأمور المستعجلة المختص بنظر التظلم».

وعندنا أن الرأى الأول فى محله.

٩- أجاز النص لكل ذى شأن فى جميع الأحوال التظلم من القرار الصادر من النيابة أمام القاضى المختص بالأمور المستعجلة فالتظلم ليس قاصراً على من صدر ضده القرار، وإنما يجوز لكل ذى شأن حتى ولو لم يكن ماثلاً فى المنازعة أمام النيابة وذلك لإتاحة الفرصة ليذود كل ذى حق عن حقه الذى يتعارض مع القرار.

ويرفع التظلم أمام القاضى المختص بالأمور المستعجلة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى.

واختصاص القاضى المستعجل مقرر هنا بنص صريح ومن ثم فلا يكون مكلفاً بالبحث فى توافر شرط الاستعجال فى الدعوى، ولكنه مقيد فى قضائه بعدم المساس بأصل الحق. وميعاد رفع التظلم خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانه بالقرار، ولا يحسب فى الميعاد يوم الإعلان، ويحسب فيه اليوم الأخير (م ١٥ مرافعات).

وهذا الميعاد من النظام العام وتتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها.

والقاضى المستعجل يقضى إما بتأييد القرار أو بتعديله أو بإلغائه، وإذا قضى بالإلغاء فإنه يقف عند هذا الحد ولا يصدر قراراً فى حكمه لأن

إصدار القرار طبقاً للمادة ٤٤ مكرراً منوط بالنيابة العامة وليس القاضى، فضلاً عن إصدار القرار فى الحيازة بعد إلغاء قرار النيابة فيه تفويت إحدى مراحل إصدار القرار[١].

ويجب أن يكون الحكم مسبباً وإلا كان باطلاً، ولا يجوز للقاضى المستعجل أن يؤسس حكمه على الأسباب التى بنى عليها قرار النيابة لأن النيابة ليست درجة تقاضى، بل لابد له من إنشاء أسباب جديدة تحمل قضاءه وإلا كان مشوباً بالقصور فى التسبيب[٢].

ويخضع الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر من القاضى المستعجل للقواعد العامة فيجوز الطعن فيه بالاستئناف خلال خمسة عشر يوماً، ذلك أن المشرع لم ينص على أن القرار الصادر من القاضى المستعجل نهائى.

١٠- أجازت المادة للقاضى المستعجل بناء على طلب المتظلم أن يوقف تنفيذ قرار النيابة لحين الفصل فى الدعوى، ويشترط لذلك توافر الشروط الآتية:

(أ) أن يطلب المتظلم فى صحيفة التظلم أو بطلب عارض وقف تنفيذه.

(ب) أن يكون من شأن تنفيذ القرار إلحاق ضرر جسيم بالمتظلم.

(جـ) أن يرى القاضى فى أسباب التظلم ما يرجح معه تعديل أو إلغاء قرار النيابة.

---

(١) المستشار مصطفى هرجه ص٣٢.

(٢) الدناصورى وعكاز ص٣٢.

(د) ألا يكون التنفيذ قد تم وقت تقديم طلب الوقف. أما إذا كان الطلب قد قدم قبل التنفيذ وتم التنفيذ بعد تقديمه وقبل الفصل فيه. فالرأى أن تمام التنفيذفى هذه الحالة لا يمنع القاضى من استعمال رخصة وقف التنفيذ فإذا أمر بوقف التنفيذ كان ذلك سنداً تنفيذياً بإلغاء ما تم من إجراءات التنفيذ وذلك قياساً على ما نصت عليه المادة ٢٥١ مرافعات من أن قرار وقف التنفيذ الصادر من محكمة النقض ينسحب على إجراءات التنفيذ التى اتخذها المحكوم له بناء على الحكم المطعون فيه من تاريخ طلب وقف التنفيذ، ومن جهة أخرى لأن المعول عليه فى قبول الطلب من عدمه هو باعتبار تاريخ تقديمه ولا يغير من ذلك إسراع المحكوم له بتنفيذ القرار الوقتى الصادر من النيابة العامة بعد تقديم طلب وقف تنفيذه وحتى لا يكون ذلك بمثابة عقاب للمتظلم لتقديمه ذلك الطلب[1].

والحكم الصادر بوقف التنفيذ لا يقيد قاضى الأمور المستعجلة عند قضائه فى موضوع التظلم.

وهذا القرار يجوز الطعن عليه بالاستئناف استقلالاً.

١١- يذهب الفقه إلى أنه لا يجوز التظلم من قرار رئيس النيابة فى منازعة الحيازة إلى سلطته الرئاسية، بمعنى أن التظلم الإدارى فى القرار غير جائز لأن عضو النيابة يستمد سلطته فى إصدار القرار من المشرع مباشرة وليس من مجرد تبعيته للنائب العام ومن ثم يكون صاحب اختصاص أصيل فى إصدار

---

(١) المستشار مصطفى هرجه ص٣٣.

القرار، والواضح أن المشرع سلب حق التظلم من أى جهة خلاف قاضى الأمور المستعجلة، كما أن إجازة التظلم الإدارى من شأنه إطالة أمد منازعات الحيازة لأن حق الصادر ضده القرار فى التظلم سيظل رهيناً بتاريخ إعلان آخر قرار يصدر من النيابة العامة، وهذا ما يفقد نص المادة ٤٤ مكرراً حكمته من تحقيق السرعة والثقة فى حسم منازعات الحيازة حفاظاً على الأمن والاستقرار فى المجتمع[١].

---

(١) المستشار عزت حنوره ص٣٢٥ - عكاز والدناصورى ص٣٠ - خيرى الكباش ص٣٤٨ - ونشر فيما يلى الكتب الدورية رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ الصادر من مساعد وزير العدل لشئون المحاكم، رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر من النائب العام، ورقم ٢٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر من النائب العام ورقم ١٠ لسنة ١٩٩٨ الصادر من النائب العام.

اولا- الكتاب الدورى رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ محضرين

وزارة العدل

مساعد الوزير -لشئون المحاكم

كتاب دورى رقم (٦) لسنة ١٩٩٢

"محضرين"

مساعد وزير العدل

بعد الاطلاع على القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ بإضافة المادة ٤٤ مكرراً لقانون المرافعات المدنية والتجارية.

ينبه علي أقلام المحضرين باتباع الآتى:

أولاً: يقوم المحضرون بإعلان القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة في

....

منازعات الحيازة المدنية أو الجنائية، إلى ذوى الشأن خلال المواعيد المحددة وفقاً لأحكام قانون المرافعات.

ثانياً: تنفيذ القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحيازة المدنية أو الجنائية يقوم به المحضرون تطبيقاً للمادة ٤٤ مكرراً من قانون المرافعات، المضافة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢، على أن تذيل هذه القرارات بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها فى المادة ٣/٢٨٠ مرافعات.

ثالثاً: يكون التظلم من تنفيذ القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحيازة بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة أمام القاضى المختص بالأمور المستعجلة، فى الميعاد المحدد، ولا يعتبر الإشكال أثناء التنفيذ طريقاً للتظلم ولا يترتب عليه وقف التنفيذ.

ولا يجوز فى أى حال من الأحوال وقف تنفيذ القرار إلا بأمر من قاضى الأمور المستعجلة المختص بنظر التظلم.

رابعاً: أن وقف تنفيذ القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحيازة يكون بطلب يقدم من ذوى الشأن إلى قاضى الأمور المستعجلة - المختص - بعد رفع الدعوى بالاجراءات المعتادة، وهو أمر جوازى يقدره القاضى.

وعلى أقلام المحضرين تنفيذ هذه التعليمات بكل دقة.

مساعد وزير العدل

صدر فى ١٩٩٢/١١/٢ — المستشار/ إمضاء

(ماهر عبدالواحد)

. . . .

ثانياً- الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢

النيابة العامة

مكتب النائب العام

كتاب دورى رقم (١٥) لسنة ١٩٩٢

بمناسبة صدور القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ المعدل لقانون المرافعات المدنية والتجارية والذى تقرر سريان أحكامه إعتباراً من أول أكتوبر ١٩٩٢ .

وبعد الاطلاع على المادة ٤٤ مكرراً المضافة بالقانون المشار إليه فعلى أعضاء النيابة العامة مراعاة الآتى:-

أولاً: تصدر النيابة المختصة قراراً وقتياً مسبباً، فيما يعرض عليها من منازعات الحيازة - مدنية كانت أو جنائية - يكون واجب التنفيذ فوراً. وذلك بعد سماع أقوال أطراف النزاع واجراء التحقيقات اللازمة. على أن يصدر القرار من المحامى العام المختص.

وعلى المحامى العام المختص استطلاع رأى المحامى العام الأول فى الهام من تلك المنازعات.

ثانياً: يتم اعلان القرار وتنفيذه وفقاً للأحكام المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية.

ثالثاً: لا يجوز فى أى حال من الأحوال وقف تنفيذ القرار إلا بأمر من قاضى الأمور المستعجلة المختص بنظر التظلم منه.

رابعاً: على النيابة المختصة فى جميع الأحوال إقامة الدعوى الجنائية قبل من يثبت ارتكابه أفعالاً من المعاقب عليها بمقتضى المواد من ٣٦٩ إلى ٣٧٣ من قانون العقوبات.

النائب العام

صدر فى ١٩٩٢/١٠/١ **المستشار/ إمضـــاء**

(رجاء العربى)

عماد/ ....

ثالثاً - الكتاب الدورى رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٢

النيابة العامة

مكتب النائب العام

إدارة التفتيش القضائى

كتاب دورى رقم (٢٥) لسنة ١٩٩٢

نبلغكم بالكتاب الدورى رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ "محضرين" الصادر من السيد مساعد وزير العدل لشئون المحاكم المرفق صورته بشأن إعلان قرارات النيابة فى منازعات الحيازة وتنفيذها، وذلك للاحاطة.

وندعو أعضاء النيابة إلى مراعاة ما يلى:-

أولاً: بعد صدور قرار النيابة فى النزاع بالتطبيق لكتابنا الدورى رقم ١٥ سنة ١٩٩٢ ترسل صورة رسمية من منطوق القرار وأسبابه إلى قلم المحضرين ويراعى أن يتضمن المنطوق إسم الصادر لصالحه القرار وخصمه كاملاً، وبيانات وافية عن العين الصادر قرار النيابة بشأنها بما يكفى لتحديدها.

ثانياً: يضمن الخطاب الموجه إلى قلم المحضرين - المرفق به الصورة الرسمية لقرار النيابة وأسبابه - أسماء الخصوم وعملهم ومحل إقامتهم تفصيلاً حتى يمكن لقلم المحضرين إتمام الإعلان والتنفيذ.

النائب العام

تحريراً فى ١٩٩٢/١١/١١ **المستشار/ إمضـاء**

(رجاء العربى)

عبدالرحيم/ ....

رابعاً : الكتاب الدوري رقم ١٠ لسنة ١٩٩٨

النيابة العامة

مكتب النائب العام

كتاب دوري رقم (١٠) لسنة ١٩٩٨

لما كانت المنازعات التى تثور بين زوجين على حيازة مسكن الزوجية تتسم بالطابع المدنى ولاتشكل جريمة ، فإن الأمرالذى تصدره النيابة العامة فيها لايعدو أن يكون إجراء فى غير خصومة جنائية إذ هو من الأجراءات الخاصة بنظام الاسرة تطبيقا لأحكام قانون الأحوال الشخصية فى مجال العلاقات الزوجية وحضانة الأولاد.

ولما كانت نيابات الأحوال الشخصية هى المختصة بتطبيق أحكام ذلك القانون لذا فهى الاقدر على تقدير الظروف المتعلقة بتلك المنازعات والتطبيق القانونى السليم على ما ينتهى إليه التحقيق أو الفحص.

لذا فإننا ندعو السادة أعضاء النيابة– فى النيابات الجزئية التى تقع فى نطاق دائرة نيابة متخصصة للأحوال الشخصية – إذا ما عرض عليهم نزاع بين زوجين على حيازة مسكن الزوجية أن يبادروا بارسال الأوراق متى أصبحت صالحة للتصرف فيها بعد الفحص والتحقيق إلى النيابة الكلية لكى تتولى بدورها ارسالها إلى محامى عام نيابة الأحوال الشخصية ليصدر قراره فى ذلك النزاع فى ضوء أحكام المادة ٨٣٤ من التعليمات القضائية للنيابة العامة.

أما النيابات الجزئية التى لاتدخل فى نطاق دائرة إحدى النيابات الكلية للأحوال الشخصية فتتولى ارسال أوراق تلك المنازعات بمذكرة بالرأى للمحامى العام للتصرف فيها.

تحريرا فى ١٩٩٨/٥/٢٠

النائب العام

المستشار

(رجاء العربى)

١٥٥- جواز ندب المحكمة اخصائي إجتماعي او اكثر :

(راجع الكتاب الثانى بند ٢٤) .

١٥٦- وجوب عرض المحكمة الصلح علي الخصوم :

(راجع الكتاب الثانى بند ٢٤ وبنود ٣٩ وما بعده) .

موضوع رقم (٩)

الحق فى رؤية الصغير

١٥٧- النص القانونى:

(ا)- المادة (٢٠) فقرة ثانية وثالثة ورابعة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥:

«ولكل من الأبوين الحق فى رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين.

واذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا، نظمها القاضى على أن تتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسيا.

ولا ينفذ حكم الرؤية قهرا، لكن اذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر أنذره القاضى فان تكرر منه ذلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتا الى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها»[1].

---

(١) وقد ورد الحكم المنصوص عليه فى المادة بالمادة (٢٠) المضافة الى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩.

(ب)- القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية :

المادة (٦٧) :

« ينفذ الحكم الصادر برؤية الصغير فى أحد الأماكن التى يصدر بتحديدها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير الشئون الاجتماعية ، وذلك مالم يتفق الحاضن والصادر لصالحه الحكم على مكان آخر.

ويشترط فى جميع الأحوال أن يتوفر فى المكان ما يشيع الطمأنينة فى نفس الصغير» .

المادة (٦٩) :

« يجرى التنفيذ بمعرفة المحضرين أوجهة الإدارة .

ويصدر وزير العدل قرارا بإجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه ومن يناط به ذلك» .

(جـ)- الفقرات السارية الآن من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بعد العمل بالمادتين ٦٧، ٦٩ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ :

١ - تظل سارية الفقرة الثانية من المادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم ٢٥

لسنة ١٩٢٩ لعدم تعارضها مع أحكام المادتين ٦٧ ، ٦٩ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

٢- يظل ساريا صدر الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الذى ينص على أن: « وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا، نظمها القاضى»، لعدم تعارضه مع المادتين ٦٧ ، ٦٩ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

٣- ألغت المادة ٦٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ عجز الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تنص على أن « على أن تتم فى مكان لايضر بالصغير أوالصغيرة نفسيا».

٤- تظل سارية الفقرة الرابعة من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة١٩٢٩ ، لعدم تعارضها مع أحكام المادتين ٦٧ ، ٦٩ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

١٥٨- *الاساس الشرعى لحق الرؤية ودواعى تنظيمه تشريعيا:*

رؤية الأبوين للصغير أو الصغيرة مقرر شرعا لأنه من باب صلة الأرحام التى أمر الله بها فقد قال تعالى: ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله﴾.

وفى حرمان أحدهما من هذا الحق ضرر له، والضرر منهى عنه شرعا لقوله تعالى: ﴿لا تضار والدة بولدها ولامولود له بولده﴾. وقال النبى عليه السلام: ﴿لا توله والدة على ولدها﴾.

وقد جاء بالتنوير وشرحه الدر المختار: «وفى الحاوى: له اخراجه الى مكان يمكنها أن تبصر ولدها كل يوم كما فى جانبها فليحفظ»[١].

وجاء بحاشية ابن عابدين: «ويؤيده ما فى التاترخانية: الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر عن النظر اليه وتعهده»[٢].

ورغم أن حق الرؤية ثابت شرعا، الا أنه ثبت من استقراء الأنزعة المختلفة فى هذا المجال التعنت من الحاضنة أو من الأب بعد انتقال الحضانة اليه فى تمكين صاحب حق الرؤية من مباشرة حقه الطبيعى والشرعى نتيجة النزاع والخصومة بينهما، كما أن الثابت أيضا أن التعنت من صاحب هذا الحق لايذاء الحاضنة والصغار برفض هذه الرؤية فى مقر الحضانة أو مكان مناسب لحالة الصغار النفسية أدى الى استصدار الأحكام لتنفذ جبرا فى أقسام الشرطة مما ترتب عليه فى هذا الزمان الذى فشى فيه لدد الخصومة تمزيق نفوس الصغار وتعويضهم لكوارث نفسية يدفع ثمنها المجتمع كله نتيجة للكيد تخطى حدود الله عن الحاضنة أو الأب أو صاحب حق الرؤية للصغار[٣].

١٥٩ - من له حق رؤية الصغير؟

يثبت الحق فى رؤية الصغير ذكرا أو أنثى للأبوين، فيثبت للأب أثناء حضانة الأم له، سواء كانت الحضانة فى مدتها الوجوبية أو الجوازية، ويثبت للأم أثناء حضانة الأب للصغير فى مرحلتها الأولى- اذا كانت حضانة الصغير له بالتفصيل السالف بيانه- أو بعد انتهاء حضانتها له وضمه اليه.

ويثبت هذا الحق للأجداد، فى حالة عدم وجود الأبوين، فيكون للجد لأب وان علا فى حالة عدم وجود الأب، وللجدة لأم وان علت فى حالة عدم وجود الأم.

(١، ٢) التنوير وشرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ٣ ص٥٧١.

(٣) تقرير اللجنة التشريعية ومكتب لجنة الشئون الاجتماعية والاوقاف والشئون الدينية بمجلس الشعب عن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩.

والمقصود بعبارة (عند عدم وجود الأبوين)، عدم وجودهما بالبلدة التى بها مسكن الحضانة أو عدم وجودهما على قيد الحياة.

وقد أعطى هذا الحق للأجداد فى حالة عدم وجود الأبوين باعتبارهم من الآباء شرعا[١].

وهذا الحق لا يثبت لغير الأبوين والأجداد فى حالة عدم وجود الأبوين، فلا يثبت لعم الصغير أو خالته مثلا.

وقد أفصح عن ذلك صريح النص الذى جعل حق الرؤية لكل من الأبوين والأجداد عند عدم وجود الأبوين كما أبان عنه تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن النص المقابل فى القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته فقد جاء به:

«... وتتفق معظم الأحكام السابقة مع نص المادتين (٢١٧، ٢١٨) من مشروع الأحوال الشخصية الموحد[٢] حيث تقضى المادة (٢١٧) بأنه: ...... وتقضى المادة ٢١٨ فى الفقرة (أ) بعدم جواز تنفيذ حكم الرؤية جبرا وقصرت الفقرة(ب) منها حق الرؤية على الأبوين فقط وقد حسم القرار بقانون فى هذه الجزئية أى خلاف قد يثور بالنسبة لحق الجدين فى الرؤية فى حالة عدم وجود الأبوين باعتبارهما أبوين شرعا فى هذه الحالة المذكورة على النحو السالف بيانه... الخ»[٣].

(١) تقرير اللجنة المشتركة عن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩، وعن الاقتراح بمشروع القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

(٢) الذى أعدته لجنة مشتركة من كبار فقهاء الشريعة الاسلامية ورجال القضاء والقانون فى مصر والسودان وأقره المؤتمر المشترك لمجلس الشعب المصرى والسودانى المنعقد فى الخرطوم.

(٣) وليس فى كتب الفقه الحنفى نص صريح على أن لغير الأم من الحاضنات حق رؤية الصغير ولا تحديد المدة التى يجوز فيها لذلك الغير أن =

. . . .

= يراه فيها، اذا كان له حق الرؤية الا ما جاء فى الفتاوى المهدية من ثبوت هذا الحق لغير الأم وبتحديده بكل شهر مرة.

وفى هذا قضت محكمة الاسكندرية الشرعية الكلية فى الدعوى رقم ٣٣٥ لسنة ١٩٣٠ بتاريخ ١٩٣١/٦/٢١ بأن:

«ليس فى كتب الفقه نص صريح على تحديد المدة التى يجوز للأم الحاضنة أن ترى فيها الصغير الذى انتهت مدة حضانته وتسلمه من له حق ضمه كما أنه لانص فيها على أن لغير الأم من الحاضنات حق رؤية الصغير ولا تحديد المدة التى يجوز فيها لذلك الغير أن يراه فيها اذا كان له حق الرؤية الا ما جاء فى ذلك كله فى الفتاوى المهدية من تحديد المدة للأم بأسبوع ومن ثبوت هذا الحق لغيرها وتحديده بكل شهر مرة.

حيث أن مشقة البحث هنا فى أمرين:

(الأول): هل لغير الأم من أقارب الصغير الحق فى رؤيته شرعا كما للأم هذا الحق؟

فليس فى كتب الفقه نص صريح فيه الا ما جاء فى كتاب الفتاوى المهدية من باب الحضانة ونصه «وسئل فى رجل أخذ بنته من حاضنتها بعد بلوغ سن الحضانة فوضعها عند أخيها من أبيها فأرادت أم البنت أن تنظرها هى وخالة البنت التى كانت حاضنة لها من قبل بلوغ سن الحضانة لسبب تزوج أم البنت فى كل جمعة أو فى كل شهر مرة، فهل تجابان الى ذلك وليس لأخ البنت المذكور منعها من ذلك؟» أجاب «لا تمنع الأم والخالة من رؤية البنت المذكورة، وليس للأخ منعهما من ذلك بدون وجه شرعى».

والظاهر أن صاحب الفتوى رحمه الله أخذ مما نص عليه الفقهاء أن الزوج لا يمنع والدى زوجته من زيارتها فى كل أسبوع ولا غيرهما من المحارم فى كل سنة مرة، فرأى أن أقارب الصغير حكمهم كحكم أم الزوجة فى أنها لا تمنع من رؤيته اذ أن علة عدم المنع فى والدى الزوجة وأقاربها متحققة برمتها فى والدة الصغير وأقاربه وهى صلة الأرحام بل أن الصغير أولى بهذه الصلة من الزوجة الكبيرة.

(الثانى): اذا كان لغير الأم هذا الحق فهل يقدر بالمدة التى جرى عليها العمل فى المحاكم بالنسبة للأم وهو مرة فى الأسبوع. وبيان ذلك أن =

وحق الرؤية يثبت للأبوين- أو للجدين فى حالة عدم وجودهما- ولو كانا غير أمينين على الصغير، فلا يشترط فيمن له حق الرؤية أن يكون أمينا على الصغير كما يشترط ذلك فى الحاضن، فهذا الشرط ليس له محل فى الرؤية طالما أن الرؤية تتم تحت اشراف من بيده الصغير.

وفى هذا قضت محكمة قسم أول بندر طنطا بتاريخ ١٩٨٨/٣/١٥ فى الدعوى رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٦ بأن:

«المقرر شرعا أن رؤية الصغير حق ثابت لكل من والديه وفى حرمان أحدهما من ذلك ضرر منهى عنه بعموم قوله تعالى: ﴿ولا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده﴾ وحق الرؤية يختلف عن حق الحضانة فاذا كانت الحضانة تتطلب فى الحاضن أن يكون أمينا على الصغير وغير مبغض له فان عدم الأمانة لا تحرم أحد الوالدين من حق رؤية الصغير، كذلك وجود خلافات ومنازعات بين الوالدين لا يحرم أحدهما من حق الرؤية».

= الفقهاء جعلوا لوالدى الزوجة حق الرؤية مرة كل أسبوع كما درجت عليه المحاكم. أما أقارب الصغير فكان الظاهر أن يحدد لهم مرة كل سنة قياسا على أقارب الزوجة غير أنه لما كان هناك قول مشهور فى المذهب وهو تحديد الرؤية لهم بمرة فى كل شهر وكان الحنان والشفقة الى الصغير وحاجته الى التعهد من وقت لآخر أظهر فى ذلك من الحالة بالنسبة للزوجة فان المرحوم الشيخ المهدى مال الى الأخذ بهذا القول المشهور هنا حيث أجاب بعدم المنع مرة فى كل أسبوع أو مرة فى كل شهر بالنسبة للأم والخالة على ترتيب.... والحق أن القول المفتى به يكاد يجعل الصلة مقطوعة لأن الزيارة فى السنة أو الرؤية مرة فى السنة لا تحقق معنى صلة الرحم والمودة والقربى بحال».

١٥٩مكرر - تنظيم الرؤية :

(ا) تنظيم الرؤية اتفاقا :

تنظيم الرؤية من حيث المكان والزمان متروك للأبوين أو الجدين فى حالة عدم وجود الأبوين فلهما تنظيمها بالطريقة التى يريانها متفقة مع ظروفهما ومصلحة الصغير.

غير أنه يشترط بصريح نص المادة ٦٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ أن يتوفر فى المكان الذى يتفق عليه للرؤية ما يشيع الطمأنينة فى نفس الصغير، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة على أن: « ويشترط فى جميع الأحوال أن يتوفر فى المكان ما يشيع الطمأنينة فى نفس الصغير» ، إذ المقصود بعبارة (فى جميع الأحوال) أى سواء كانت الرؤية فى المكان المتفق عليه أو فى أحدى الأماكن التى يصدر بتحديدها القرار الوزارى ، ومفاد ذلك أنه يجب أن يتوافر فى الأماكن التى يحددها القرار الوزارى ما يشيع الطمأنينة فى نفس الصغير ومثل ذلك أن تتم الرؤية فى أحدى الأماكن التى حددتها المادة الرابعة من القرار الوزارى رقم ١٠٨٧ لسنة ٢٠٠٠ - كما سنرى- وهى أحد النوادى الرياضية أو الاجتماعية أو أحد مراكز رعاية الشباب أو إحدى دور رعاية الأمومة والطفولة التى يتوفر فيها حدائق أو إحدى الحدائق العامة، أو فى أحد الأماكن الأخرى كالمساجد ومنازل الأقارب أو الأصدقاء ، فلا يجوز أن تتم الرؤية فى أقسام الشرطة أو الأماكن المهجورة.

غير أن مناط ذلك أن يكون الصغير فى سن يدرك فيها حقيقة المكان ، أما إذا كان فى سن لاتمكنه من ذلك، كما لو كان فى سن الإرضاع ، فإنه لايكون لهذا الشرط محل.

وعلى ذلك لايوجد ما يمنع من أن يكون مكان الرؤية للطفل الرضيع قسم الشرطة، وقد يكون تحديد هذا المكان للرؤية ذا فائدة فى بعض الحالات كما لو كانت توجد ضغائن أو خلافات بين من له حق الرؤية ومن بيده الطفل ، فتكون الرؤية بقسم الشرطة ضمانا لعدم حدوث اعتداء من أيهما على الأخر.

وقد ذهبنا فى الطبعة السابقة إلى أنه لا يقدح فى ذلك أن المذكرة الإيضاحية القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أوردت أنه:

«...بشرط ألا تتم فى مكان يضر بالصغير أو الصغيرة كأقسام الشرطة»، لأن هذه العبارة لم ترد بالنص ذاته، والمذكرة الإيضاحية لا تقيد النص طبقاً لقواعد التفسير.

(ب)- تنظيم الرؤية بحكم القضاء:

إذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا، بأن اختلف الطرفان على هذا التنظيم أو امتنع من بيده الصغير عن تمكين من له حق الرؤية من رؤيته أصلا، تولى القاضى تنظيم الرؤية أو تمكين من له الحق فى الرؤية منها، بناء على دعوى ترفع من صاحب الحق فيها أمام المحكمة الجزئية المختصة.

ومكان الرؤية يكون فى البلد الذى تقيم فيه الحاضنة مع الصغير اذا كان الأب صاحب الحق فى الرؤية، وفى البلد الذى يقيم به الأب مع الصغير اذا كانت الأم صاحبة الحق فى الرؤية، فلا يجبر من بيده الصغير على نقله الى محل إقامة من له حق الرؤية ليراه.

وفى هذا قضت محكمة قسم اول بندر طنطا للأحوال الشخصية (ولاية على النفس- ملى) بتاريخ ١٩٨٨/٥/٢٣ فى الدعوى رقم ٣٢١ لسنة ١٩٨٧ بأن:

«والأصل أن تنظيم الرؤية يتم اتفاقا فإذا تعذر ذلك نظمها القاضى على ألا تتم فى مكان يضر بالصغير أو الصغيرة نفسيا والقاعدة الشرعية أن الحاضنة لا تجبر على نقل الصغير الى الأب ليراه ولكنها لا تمنعه من رؤيته والأصل أن محل إقامة الحاضنة هو مكان الحضانة ومكان الرؤية ولما كانت المعارضة وهى حاضنة الصغيرين تقيم بقرية سبرباى فإن الأصل فى الرؤية أن يكون محل إقامتها».

وقد حدد قرار وزير العدل رقم ١٠٨٧ لسنة ٢٠٠٠ (بتحديد أماكن تنفيذ الأحكام الصادرة برؤية الصغير والإجراءات الخاصة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أوسكناه ومن يناط به ذلك). فنصت مادته الرابعة على أنه في حالة عدم اتفاق الحاضن أومن بيده الصغير والصادر لصالحه الحكم على المكان الذى يتم فيه رؤية الصغير، يكون للمحكمة أن تنتقى من الأماكن التالية مكانا للرؤية وفقا للحالة المعروضة عليها وبما يتناسب – قدر الإمكان– وظروف أطراف الخصومة ، مع مراعاة أن يتوفر فى المكان ما يشيع الطمأنينة فى نفس الصغير ولايكبد أطراف الخصومة مشقة لاتحتمل.

١ – أحد النوادى الرياضية أو الاجتماعية .

٢– أحد مراكز رعاية الشباب.

٣– إحدى دور رعاية الأمومة والطفولة التى يتوافر فيهاحدائق.

٤– إحدى الحدائق العامة.

ويؤخذ على هذه المادة ما نصت عليه من أنه : مع مراعاة أن يتوافر فى المكان مايشيع الطمأنينة فى نفس الصغير ، رغم أن المادة ٦٧ من القانون التى فوضت وزير العدل فى إصدار قرار بعد موافقة وزير الشئون الاجتماعية بتحديد الأماكن التى ينفذ فيها الحكم الصادر برؤية الصغير، اشترطت أن يتوفر فى المكان مايشيع الطمأنينة فى نفس الصغير ، فالفرض إذن فى الأماكن التى يحددها وزير العدل فى هذا القرار أنها جميعا مما يشيع الطمأنينة فى نفس الصغير.

ونص القرار الوزارى على أن يكون انتقاء المحكمة لمكان الرؤية من بين الأماكن السابقة وفقا للحالة المعروضة عليها وبمايتناسب – قدر الإمكان – وظروف أطراف الخصومة. فقد يرى القاضى أن إحدى دور رعاية الأمومة والطفولة التى تتوافر فيها حدائق أنسب لرؤية الصغير الذى فى سن الإرضاع من

الأماكن الأخرى، كما قد يرى أن أحد الأماكن الواردة بالنص شديدة البرودة شتاء فتضر الرؤية بها بالصغير، أو أن بعض هذه الأماكن بعيدة يشق على الصغير أو حاضنه الوصول إليه.

وواضح من المادة ٦٧ من القانون والمادة الرابعة من القرار الوزارى أن تحديد القاضى مكان الرؤية من بين الأماكن الواردة بالقرار الوزارى ، لايكون له محل إذا اتفق الطرفان على المكان الذى تتم فيه الرؤية ، بشرط أن يتوفر فى المكان مايشيع الطمأنينة فى نفس الصغير(١).

أما عن مدة الرؤية فقد حددتها المادة الخامسة من القرار الوزارى بما لايقل عن ثلاث ساعات أسبوعيا فيما بين الساعة التاسعة صباحا والسابعة مساء. على أن يراعى قدر الإمكان أن يكون ذلك خلال العطلات الرسمية وبما لايتعارض ومواعيد انتظام الصغير فى دور التعليم (٢).

(١) وكانت الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تنص على أنه إذاتعذر تنظيم الرؤية اتفاقا، نظمها القاضى على أن تتم فى مكان لايضر بالصغير أوالصغيرة نفسيا.

وتعبير القانون الجديد أدنى إلى مصلحة الصغير.

(٢) وقبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ جرى القضاء على تحديد موعد الرؤية مرة كل أسبوع قياسا على ما نص عليه الفقهاء من أن لوالدى الزوجة زيارتها كل جمعة وليس للزوج منعهما من ذلك ، فالعلاقة فى المسألتين واحدة هى علاقة الأصل بالفرع (المحلة الشرعية بتاريخ ١٩٣١/٨/١٨- الدعوى رقم ١٣٤٤ لسنة ١٩٣٠- بركة السبع بتاريخ ١٩٨٧/١٢/٢٢- الدعوى رقم ١٦٣ لسنة ١٩٨٧- بندر طنطا قسم أول طنطا بتاريخ ١٩٨٨/٣/١٥- الدعوى١٤٤ لسنة ١٩٨٦، بتاريخ ١٩٨٨/٥/٤- الدعوى رقم ٤٢ لسنة ١٩٨٨- وقد ذهب بعض الفقهاء الى جعل حق كل من الأبوين فى رؤية الصغير كل يوم (حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٥٧١).

كما جرى على تحديد الساعة التى تبدأ فيها الرؤية والفترة التى تستغرقها، بحد أدنى ساعة واحدة ويصل حدها الأقصى غالبا إلى ثلاث ساعات ويراعى فى تحديد وقت الرؤية حالة الصغير، فلا تكون ليلا لأنه وقت نوم وسكون أو وقت انشغال الصغير بامتحان أو فى وقت تشتد فيه الحرارة أو البرودة.

(بركة السبع الجزئية بتاريخ ١٩٨٧/١٢/٢٢- الدعوى ١٦٣ لسنة ١٩٨٧- بندر طنطا قسم أول بتاريخ ١٩٨٨/٣/١٥- الدعوى رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٦ بتاريخ ١٩٨٨/٥/٤- الدعوى رقم ٤٢ لسنة ١٩٨٨)

١٦٠- تنفيذ الأحكام الصادرة برؤية الصغير :

نصت الفقرة الرابعة من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) على أن لاينفذ حكم الرؤية قهرا ، لكن إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر أنذره القاضى فإن تكرر منه ذلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتا إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها.

ولم يتضمن القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ نصا يتعارض مع الفقرة المذكورة ، ومن ثم فإنها تظل سارية بعد العمل به.

ومعنى ذلك أن حكم الرؤية لاينفذ قهرا أى بالقوة الجبرية عن طريق الشرطة . والسبب فى عدم تنفيذ أحكام الرؤية بالقوة الجبرية أن فى ذلك إيذاء خطير لنفسية الصغار الذين تجب حمايتهم من التعرض لمثل هذا الإيذاء بسبب نزاع لادخل لهم فيه(١).

فإذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ حكم الرؤية بغير عذر ، كمرضه أو مرض الصغير أوانشغاله بأحد الامتحانات الدراسية ، كان على المحضر أن يؤشر على الصورةالتنفيذية للحكم بمايفيد الامتناع ولصاحب الحق فى الرؤية أن يلجأ إلى القاضى الذى أصدر الحكم بطلب على عريضة بالتصريح له بإنذار من بيده الصغير بتمكينه من رؤيته، ويصدر القاضى أمره على العريضة بالتصريح للطالب بانذار من بيده الصغير بتمكينه من رؤيته وتكليف الطالب باعلان الإنذار إلى من بيده الصغير . فإذا قام الطالب بإعلان الانذار إلى من

---

(١) وكان نص الفقرة الرابعة من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) سالفة الذكر يعتبر قبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ استثناء من حكم المادة ٣٤٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تجرى على أن تنفيذ الحكم بالطاعة وحفظ الولد عند محرمه والتفريق بين الزوجين ونحو ذلك مما يتعلق بالأحوال الشخصية يكون قهرا ولو أدى إلى استعمال القوة ودخول المنازل .... الخ».

(راجع الكتاب الأول فى عدم تنفيذ أحكام الطاعة بالقوة الجبرية قبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠).

بيده الصغير وتكرر امتناعه عن تمكينه من الرؤية ، جاز له رفع دعوى مبتدأة أمام المحكمة الجزئية المختصة بطلب نقل حضانة الصغير مؤقتا إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها القاضي.

والحكم بنقل الحضانة مؤقتا جوازى للقاضى فله أن يقضى بنقلها مؤقتا، وله أن يعيد إنذار من بيده الصغير لتنفيذ حكم الرؤية وذلك على ضوء ما يتراءى له من ظروف الدعوى وملابساتها.

وقد قضت محكمة النقض- في ظل القانون الملغي- بتاريخ ١٩٩٤/٥/١٧ في الطعن رقم ٢١٥ لسنة ٦٣ق « احوال شخصية» بأن :

« وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أنه لما كان المطعون ضده قد أقام دعواه ضد الطاعنة بطلب ضم الصغير إليه تأسيساً على عدم تنفيذها حكم الرؤية عملا بالفقرة الثالثة من المادة عشرين من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ التى نظمت هذه الحالة بأحكام خاصة مؤداها أنه إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ حكم الرؤية بغير عذر أنذره القاضى فإن تكرر ذلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتا إلى من يلى هذا الممتنع عن تنفيذ حكم الرؤية من أصحاب الحق فيه لمدة يقدرها ، وكان ما أضافه المطعون ضده أمام محكمة الاستئناف وهو ضم الصغير إليه لبلوغه السن الذى يستغنى فيها عن خدمة النساء يعد طلباً جديداً يختلف فى موضوعه عن الطلب الأول وتحكمه الفقرةالأولى من المادة سالفة البيان وقد راعى المشرع فيها مصلحة الصغار واستقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان والاطمئنان – وبالتالى فلا يجوز قبول هذا الطلب الجديد أمام محكمة الاستئناف عملا بما تقضى به المادة ٣٢١ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية من أنه لايجوز للخصوم أن يقدموا فى الاستئناف طلبات بدعاوى جديدة غير الدعاوى الأصلية إلا بطريق الدفع للدعوى الأصلية ، وهى من المواد التى أبقى عليها القانون رقم ٤٦٢

لسنة ١٩٥٥ - وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وتصدى للطلب الجديد المبدى لأول مرة أمام محكمة الاستئناف فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن».

ولما كانت المادة ٦٩ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ تنص على أن :

« يجرى التنفيذ بمعرفة المحضرين أو جهة الإدارة.

ويصدر وزير العدل قرارا بإجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أوسكناه ومن يناط به ذلك»، فقد صدر نفاذا لذلك قرار وزير العدل رقم (١٠٨٧) لسنة ٢٠٠٠ بتاريخ ٢٠٠٠/٣/٦ (بتحديد أماكن تنفيذ الأحكام الصادرة برؤية الصغير والإجراءات الخاصة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه **أو رؤيته** أو سكناه ومن يناط ذلك».

وقد تضمنت المادتان السابعة والثامنة من القرار تيسيرات لإثبات عدم حضور المحكوم له بالرؤية فى الميعاد والمكان المحددين لها للوقوف على تقصيره، وكذلك لإثبات نكول المحكوم ضده بالرؤية عن الحضور وبيده الصغير فى الميعاد والمكان المحددين لها، فيسهل على المحكوم له إثبات نكوله عند اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها بالفقرة الرابعة من المادة (٢٠) سالفة الذكر.

إذ نصت المادة السابعة من القرار على أن : لأى من أطراف السند التنفيذى أن يستعين بالأخصائى الاجتماعى المنتدب للعمل بدائرة المحكمة التى أصدرت حكم الرؤية لإثبات نكول الطرف الآخر عن التنفيذ فى المواعيد والأماكن المحددة بالحكم . ويرفع الأخصائى الاجتماعى تقريرا للمحكمة بذلك إذا ما أقام الطالب دعوى فى هذا الخصوص.

ونصت المادة الثامنة على أن :

يلتزم المسئول الإدارى بالنوادى الرياضية أوالاجتماعية أو بمراكز رعاية

الشباب أوبدور رعاية الطفولة والأمومة التى يجرى تنفيذ حكم الرؤية فيها، وبناء على طلب أى من أطراف السند التنفيذى أن يثبت فى مذكرة يحررها حضور أو عدم حضور المسئول عن تنفيذ حكم الرؤية وبيده الصغير.

ولمن حررت المذكرة بناء على طلبه أن يثبت مضمونها فى محضر يحرر فى قسم أو مركز الشرطة التابع له مكان التنفيذ.

١٦١- جواز ندب المحكمة اخصائي اجتماعي او اكثر :

راجع الكتاب الثانى (بند ٢٤).

١٦٢- وجوب عرض المحكمة الصلح علي الخصوم .

راجع الكتاب الثانى (بند ٢٤، وبنود ٣٩ وما بعده)

١٦٣- الاحكام والقرارات الصادرة برؤية الصغير واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة :

تنص المادة ٦٥ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن :

«الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته أو بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما فى حكمها تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة».

(راجع فى التفصيل بندى ٦٤ مكرر، ٦٥)[1].

(١) أما فى ظل لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (الملغاة) كان الحكم الصادر بالرؤية غير نافذ بمجرد صدوره، إلا اذا نص الحكم على شموله بالنفاذ المؤقت باعتبار الرؤية من الأحوال التى يخشى من تأخيرها حصول ضرر للمحكوم له وذلك عملا بالمادة (٢٩٧/فقرة ثانيا) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تجرى على أنه:
«يترتب على المعارضة إيقاف التنفيذ إلا فى الأحوال الآتية:
ثانيا: اذا كان مأمورا بالنفاذ المؤقت فى الحكم وذلك فى الأحوال المستوجبة الاستعجال أو التى يخشى من تأخيرها حصول ضرر».

وعملا بالمادة (٣١٥/ ثانيا) من اللائحة التى تجرى على أن:

«يترتب على الاستئناف ايقاف التنفيذ الا فى الأحوال الآتية:

ثانيا: اذا كان مأمورا بالنفاذ المؤقت فى الحكم وذلك فى الأحوال المستوجبة الاستعجال أو التى يخشى من تأخيرها حصول ضرر».

وعملا بالمادة ٣٤٤ من اللائحة التى تنص على أنه :

«لا يجوز تنفيذ الأحكام الصادرة من أول درجة الا بعد مضى ميعاد الاستئناف ما لم يكن التنفيذ المؤقت مأمورا به فى الحكم أو منصوصا عليه فى هذه اللائحة».

ولا ينفذ حكم الرؤية قهرا أى بالقوة الجبرية عن طريق الشرطة، ويعتبر ذلك استثناء من حكم المادة ٣٤٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تجرى على أن تنفيذ الحكم بالطاعةوحفظ الولد عند محرمه والتفريق بين الزوجين ونحو ذلك مما يتعلق بالأحوال الشخصية يكون قهرا ولو أدى إلى استعمال القوة ودخول المنازل... الخ»، والسبب فى عدم تنفيذ أحكام الرؤية بالقوة الجبرية أن فى ذلك إيذاء خطير لنفسية الصغار الذين تجب حمايتهم من التعرض لمثل هذا الايذاء بسبب نزاع لا دخل لهم فيه.

نفقة الاقارب

موضوع رقم (١٠)

أحكام عامة فى نفقة الاقارب

١٦٤- تقسيم:

تشمل نفقة الأقارب ما يأتى:

أولا: قرابة الولادة، وهى النفقة الواجبة بسبب الولاد أى نفقة الفروع على الأصول ونفقة الأصول على الفروع.

ثانيا: قرابة غير الولادة، وهى قرابة الحواشى.

وقرابة غير الولادة نوعان: قرابة محرمة للنكاح وهى قرابة ذى الرحم المحرم وهم الاخوة والأخوات وأولادهم والأعمام والخالات. وقرابة غير محرمية وهى قرابة ذى الرحم غير المحرم وهم أولاد الأعمام والعمات وأولاد الأخوال والخالات... الخ.

والقرابة المحرمة للنكاح هى التى توجب النفقة وسنتناول دراسة نفقة الأقارب على النحو الآتى:

أولا: أحكام عامة فى نفقة الأقارب.

ثانيا: نفقة الأولاد الصغار.

ثالثا: نفقة الأولاد الكبار.

رابعا: نفقة الأصول.

خامسا: نفقة الحواشى.

١٦٥- يشترط لاستحقاق النفقة ان يكون القريب طالب النفقة معسرا:

يشترط لاستحقاق نفقة الأقارب أن يكون القريب طالب النفقة معسرا، فاذا كان موسرا فلا تجب له النفقة على غيره ولو كان قريبا له، لأن الأصل أن نفقة الانسان صغيرا كان أو كبيرا ذكرا أو أنثى تجب فى ماله، فمن كان له مال فلا يجب على أحد الانفاق عليه، ونفقة القرابة انما تجب للحاجة فإذا كان القريب غير محتاج فلا تجب له النفقة.

وهذا بخلاف نفقة الزوجية، اذ تجب النفقة للزوجة ولو كانت موسرة، لأن نفقتها جزاء احتسابها لمصلحة الزوج، فهى من قبيل العوض لا الصلة.

واختلف فى حد المعسر الذى يستحق النفقة، قيل هو الذى يحل له أخذ الصدقة ولا تجب عليه الزكاة، وقيل هو المحتاج.

وكونه تحل له الصدقة، بألا يملك نصابا ناميا أو غير نام زائدا على حوائجه الأصلية بما يقوم بمائتى درهم من الفضة أو بعشرين مثقالا(دينارا)من الذهب[١].

والظاهر أن المراد به ما كان من غير جنس النفقة، لأنه لو كان يملك دون النصاب من طعام أو من نقود تحل له الصدقة، لعدم اجتماع النصاب لديه ولا تجب له النفقه فيما يظهر، لأن النفقة معللة بالكفاية وما دام عنده ما يكفيه من ذلك لا يلزم غيره كفايته[٢].

وقيل أن القريب الذى تجب له النفقة فى مال قريبه هو المحتاج من غير بيان ضابط معين لهذا الاحتياج[٣].

---

(١) وقد قدر بعض الباحثين المحدثين هذا النصاب ب٨٥ جراما من الذهب، ٥٩٥جراما من الفضة على التوالى. (الدكتور يوسف القرضارى- فقه الزكاة دراسة مقارنة لأحكامها وفلسفتها فى ضوء القرآن والسنة- الجزء الأول ص٢٦٠ وما بعدها).

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٦٢٨.

(٣) البدائع جـ٤ ص٣٤.

والمعيار الأخير هو الذى تسير أحكام المحاكم.

وترتيبا على ذلك قضى بأن:

١ - «المقرر أن نفقة الشخص فى ماله أولا ثم على أقرب أقربائه وأن نفقة الأقارب صلة شرعية للحاجة الى ما يقيم أود الحياة حتى لا يتعرض من فرضت له للهلاك وأنها ليست بابا لجمع المال على حساب المحكوم عليه وأن نفقة القريب انما تجب على قريبه لدفع الحاجة وسد الرمق فقط لا ليعيش عيشة واسعة رغيدة- لما كان ذلك وكان الثابت من أوراق الدعوى أن المدعية تتقاضى معاشا شهريا ترى المحكمة أنه يكفى لاقامة أودها وأن المدعى عليهم ليس فى دخلهم ما يفيض لسد حاجاتهم... ومتى كان كل ما تقدم تكون الدعوى قائمة على غير سند من الواقع والقانون ويتعين القضاء برفضها».

(محكمة بندر المنيا الجزئية- جلسة ١٩٨٧/٣/٣٠- الدعوى رقم ٣٤ لسنة ١٩٨٥)

٢- «من المقرر أن نفقة القريب على قريبه تقدر بقدر الكفاية لأنها لدفع الحاجة وتجب النفقة من وقت ثبوت الحاجة اذا كانت للأصول والفروع بغير توقف على قضاء- لما كان ذلك وكان الثابت أن المدعى يمتلك مبلغا كبيرا فى مصلحة البريد وقدره ٣٤٧١ جنيها ومن ثم فانه يكون قادرا على نفقة نفسه وغير محتاج الى مساعدة ابنه المدعى عليه، ومن ثم فان الدعوى تكون على غير سند من القانون وتقضى المحكمة برفض الدعوى».

(محكمة بندر شبين الكوم الجزئية- جلسة ١٩٨٨/٤/١٢- الدعوي رقم ٢٦٣ لسنة ١٩٨٧)

٣- «يشترط لوجوبها «نفقة الأقارب» شروط بعضها يرجع الى المنفق عليه وبعضها يرجع الى المنفق فبالنسبة للمنفق عليه يجب أن يكون معسرا فلا تجب لموسر على غيره نفقة وأن يكون عاجزا عن الكسب كان يكون به

مرض والصغر والأنوثة عجز حكمى. أما الشرط الذى يرجع الى المنفق فهو أن يكون ذا يسار وهناك شرط عام هو اتحاد الدين بين المنفق عليه.

وحيث أنه بانزال ما تقدم على واقعة الدعوى واذ كان الثابت من صحيفة الدعوى وشهادة شاهدى المدعى عليه اللذين تطمئن اليها المحكمة وقائمة القسمة المقدمة من المدعى عليه ومن أقوال المدعية عند استجوابها بجلسة ١٩٨٧/١٢/٢٩ ومن حافظة المستندات المقدمة من الحاضر عنها أنها تتقاضى معاشا قدره ستة جنيهات للقاصرات وتحوز ثمانية قراريط أطيانا زراعية عن نفسها وبصفتها من زوجها المرحوم(....) وأن هناك فدان بالإيجار استحوذ عليه المدعى عليه بمفرده ميراثا عن مورثها ومورث القاصرات والمدعى عليه ومن ثم يكون قد انقضى شرط اعسار المطلوب النفقة لهن فى نفقة الأقارب».

(محكمة بركة السبع الجزئية- جلسة ١٩٨٨/٥/٣١- الدعوى رقم ١٩٩ لسنة ١٩٨٦)

١٦٦- هل امتلاك القريب طالب النفقة منزلا يجعله غير معسر؟

فى ذلك روايتين فى المذهب الحنفى:

الأولى: انه لا يعد معسرا ولا تجب له النفقة لأن النفقة لا تجب لغير المحتاج، وامتلاكه منزلا يجعله غير محتاج لأنه يمكن الاكتفاء بالأدنى بأن يبيع بعض المنزل أو كله ويستأجر منزلا، ولو كان طالب النفقة أختا أو بنتا أو أبا أو أما.

وأنه نظير ذلك لو كان له دابة نفيسة فانه يؤمر ببيعها وشراء أدنى منها وانفاق الفرق بين الثمين وأن متاع البيت مثل المنزل والدابة، ومعنى ذلك أنه يؤمر ببيع ما هو فوق كفايته منه للإنفاق على نفسه أو بيع ما هو نفيس منه واستبدال آخر لكى يتمكن من إنفاق الفرق بينهما على نفسه.

وقال صاحب الذخيرة أن هذه الرواية هى الصحيح فى المذهب[١].

الثانية: أن ذلك لا يغير من اعساره وتجب له النفقة لأن بيع المنزل لا يقع الا نادرا وكذا لا يمكن لكل أحد السكنى بالكراء أو بالمنزل المشترك.

وهذه الرواية هى التى اختارها صاحب البدائع وذكر أنها الصواب، لأن الصدقة تحل لهذا الشخص ولا يؤمر ببيع المنزل، وعلى ذلك لا يؤمر ببيع الدار، بل يؤمر قريبه بالانفاق عليه[٢].

والرأى عندنا أنه اذا كان يكفى القريب السكنى بجزء من المنزل وكان من الطبقة التى تسكن عادة فى الأماكن المشتركة فان الجزء الآخرمن المنزل يكون زائدا على حاجته ويتعين عليه بيعه والانفاق من ثمنه فاذا نفذ كان له مطالبة قريبه بالنفقة.

أما اذا كان لا يكفيه سكنى جزء من المنزل أو كان من طبقة لم تدرج على السكنى بالأماكن المشتركة فانه يكون فى حاجة الى المنزل ولايلزم ببيعه. أما القول بالزام القريب طالب النفقة بأن يبيع منزله ثم يستأجر مسكنا فهو أمر يؤدى الى حرج شديد، لما تعانيه البلاد من أزمة طاحنة فى الاسكان يعز فيها استئجار مسكن أما عما يملكه طالب النفقة من دابة وأثاث ومنقولات، فاذا كان يستطيع استعمال دابة أدنى ثمنا فى قضاء حاجياته، كان عليه بيع الدابة وشراء دابة أقل ثمنا فى قضاء حاجياته، والانفاق من فرق الثمنين. واذا كان أثاث ومنقولات منزله، فى حدود حوائجه بمعنى أنه اذا تصرف فى شئ منها نقصت هذه الحوائج فانه لا يلزم ببيع شئ منها

(١) منحة الخالق على البحر الرائق جـ٤ ص٢١٠- العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ١ ص٨٣ فقد جاء بها «سئل فى أيتام لهم دار ليس لهم مال سواها ولهم أخ لأب موسر وأم وصى عليهم تكلف الأخ الانفاق عليهم فهل تباع الدار فى نفقتهم وتنفق عليها من ثمنها وتمنع الأم من تكليف الأخ الانفاق عليهم: الجواب نعم... الخ».

(٢) بدائع الصنائع جـ٤ ص٣٤.

ويضحى محتاجا الى النفقة أما اذا كان يمكنه الاستغناء عن بعضها وجب عليه بيع ما يزيد على حاجته والانفاق من ثمنه ولا يكون محتاجا الى النفقة وهذا الرأى يتمشى مع المعيارين اللذين وضعهما الفقهاء لحد اعسار طالب النفقة.

فان قيل أن المعيار هو من تحل لـه الصدقة ولا تجب عليه الزكاة فإن هذا تحل له الصدقة ولا تجب عليه الزكاة لأنه لا يملك نصابا زائدا على حوائجه الأصلية.

وان قيل أن المعيار هو الاحتياج فقط دون ما ضابط معين، فان هذا محتاج للنفقة قطعا، لأن ما عنده لا يستغنى عنه فيما هو له، ولا تقع به كفايته فى معيشته من مأكل وملبس وما يدخل فى النفقة[1].

١٦٧- يشترط لاستحقاق النفقة ان يكون طالب النفقة عاجزا عن الكسب:

اذا كان القريب طالب النفقة معسرا ولكنه قادر على الكسب فانه لا يستحق النفقة ، لأنه اذا كان قادرا على الكسب كان مستغنيا بكسبه ولم يكن فى حالة ضرورة يتعرض فيها للهلاك ان لم تنفق عليه قريبه.

واذا تقاعس طالب النفقة عن السعى للكسب أجبر على ذلك.

وفى هذا قضت محكمة بندر دمنهور الجزئية للولاية على النفس بتاريخ ١٩٩٢/٣/٢١ فى الدعوى رقم ٢٣٢ لسنة ١٩٩١ بأن:

«إن مناط استحقاق الولد الكبير للنفقة على أبيه فقره وعجزه عن الكسب..الخ».

---

(١) الدكتور عبد العزيز عامر ص٥١٠.

١٦٨- عدم توقف نفقة الاصول والفروع على قضاء القاضى اما نفقة غيرهم فلا تجب الا بالقضاء:

نفقة الأصول والفروع لا يتوقف وجوبها على قضاء القاضى وهى فى هذا كنفقة الزوجة، فاذا كان لشخص مال فى بيته من جنس النفقة جاز لمن تستحق نفقته عليه من أصول وفروعه أن يأخذ منه بالمعروف ما يحتاج اليه فى نفقته بدون توقف على رفع الأمر الى القاضى ودون ضمان عليه حتى أنه إذا رفع الأمر اليه كات كلمته فى ذلك فتوى واعانة على الوصول الى الحق لا حكما حقيقيا وهذا بخلاف نفقة غيرهم من الأقارب فانها لا تجب الا بالقضاء.

وسبب هذه التفرقة أن نفقة الولاد تجب بطريق الاحياء لما فيها من دفع الهلاك لتحقق معنى الجزئية والبعضية بين المنفق والمنفق عليه ويجب على الانسان احياء نفسه بدفع الهلاك عن نفسه ولا يقف وجوبه على قضاء القاضى أما نفقة باقى الأقارب من الحواشى فليس وجوبها من طريق الاحياء لانعدام معنى الجزئية، فضلا عن أنها محل خلاف بين الفقهاء، وانما تجب صلة محضة فجاز أن يقف وجوبها على قضاء القاضى[1].

وينبنى على ذلك أن الرضاء فى نفقة الأصول والفروع ملزم لهم كالقضاء بها، أما غيرهم من ذوى الأرحام فلا تجب نفقتهم الا من تاريخ الحكم[2].

---

(١) بدائع الصنائع جـ٤ ص٣٧- الدكتور عبد الرحمن تاج ص٤٤٦.

(٢) بدائع الصنائع جـ٤ ص٣٥ «قد جاء به بصدد التفرقة بين نفقة الأصول والفرع ونفقة باقى الأقارب ما يأتى.. والثالث أن الطلب والخصومة بين يدى القاضى فى أحد نوعى النفقة وهى نفقة غير الولاد فلا تجب بدونه لأنها لا تجب بدون قضاء القاضى والقضاء لا بد له من الطلب والخصومة»- الدكتور محمد مصطفى شلبى ص٨٤٨- المحلة الجزئية الشرعية فى ١٩٣٤/٤/١٣- وهناك رأى آخر بالذخيرة أن نفقة الأقارب من غير الأصول والفروع تجب بالقضاء والرضاء (البحر الرائق جـ٤ ص٢١٤).

١٦٩- استحقاق النفقة من تاريخ الحكم:

لا يقضى بنفقة الأقارب عن مدة سابقة على تاريخ الحكم ويقضى بها من تاريخ الحكم فقط، لأن نفقة الأقارب شرعت لدفع الحاجة ولذا لا تجب مع اليسار، وقد اندفعت الحاجة بالفعل فى المدة السابقة بمضيها[١].

واذا حصل التراضى على أن يدفع القريب الموسر نفقة قريبه المحتاج عن مدة سابقة فذلك يعتبر من قبيل الالتزام بما لا يلزم وهو فى ذلك متطوع والمتطوع كما فى حديث الرسول عليه السلام أمير نفسه إن شاء فعل وان شاء ترك وعلى ذلك لا يجوز للقاضى أن يلتزم التراضى بنفقة القريب عن مدة سابقة[٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«من المقرر شرعا أن نفقة الصغير قضاء تكون من تاريخ الحكم فى الدعوى التى تقام على الأب، استنادا إلى أنها شرعت لدفع الحاجة هذه تكون قد اندفعت قبل الحكم فى الدعوى إلا أنه إذا كانت قد اندفعت حاجة الصغير عن طريق إنفاق الأب فإنه لا يكون له استردادها بعد ذلك».

(طعن رقم ٢٠٧ لسنة ٥٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٩).

غير أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ قد استثنى، من هذه القاعدة نفقة الأولاد الصغار على أبيهم، فأوجبها من تاريخ الاستحقاق (م ١٨ مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥).

راجع فى التفصيل بند (١٣).

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٦٣٣- محكمة بندر طنطا- قسم أول جلسة ١٩٨٨/٢/٢٣- الدعوى رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٧.

(٢) المستشار صلاح الدين زغو ص ٣٤١.

١٧٠- سقوط النفقة بمضى مدة شهر:

تسقط نفقة الأصول والفروع وسائر الأقارب بمضى مدة شهر فأكثر دون أن يتقاضاها المحكوم له، لأن هذه النفقة وجبت لدفع الحاجة وحتى لا يتعرض من فرضت له للهلاك أو سؤال الناس، وليست بابا لجمع المال على حساب المحكوم عليه، ومضى مدة شهر فأكثر دون أخذ النفقة معناه اندفاع حاجته فى هذه المدة فيسقط متجمدها، كما أنها صلة محضة فلا يتأكد وجوبها الا بالقبض أو الاستدانة التى تقوم مقامه.

وعلى ذلك اذا حكم القاضى بنفقة قريب ومضى شهر على استحقاقها لا يطالب بنفقة الشهر الذى مضى ولكن يطالب بالشهر الحاضر.

أما اذا كانت المدة التى مضت تقل عن شهر فانها تعتبر دنيا بالقضاء ولا تسقط النفقة فيها، لأنه لابد من مثل هذه المدة ليتمكن القريب من المطالبة بالنفقة، فلو سقطت النفقة بالمدة اليسيرة لما أمكن استيفاؤها ولم يكن للقضاء فائدة ولو سقط كل ما مضى لما أمكن استيفاء شئ منها.

أما اذا كان المنفق قد أذن للقريب باستدانة النفقة أو أذن له القاضى بذلك، واستدانها القريب بالفعل، فانها لا تسقط بمضى شهر فأكثر وتعتبر دينا فى ذمة القريب لا تسقط الا بالأداء أو الابراء، وتتعلق بتركته بعد موته لأن الاستدانة كانت بالنيابة عنه ان كانت بأمره وأمر القاضى كأمر المنفق لأنه رأى ذلك طريقا لحمله على أداء ما يجب عليه ودفع ظلم المطل.

أما اذا أذن للقريب بالاستدانة ولم يستدن النفقة بالفعل، فانها تسقط بمضى شهر فأكثر.

والقاضى لا يأذن باستدانة النفقة من تلقاء نفسه وانما يجب أن يطلب طالب النفقة الاذن له بالاستدانة.

وقد ذهب رأى فى الفقة الحنفى رجحه البعض الى استثناء نفقة الصغير من حكم سقوط النفقة بمضى شهر فأكثر من تاريخ فرضها رضاء أو قضاء وجعلها فى حكم نفقة الزوجة، وذلك تقديرا لعجز الصغير والرأفة به(١).

وقد أخذت بهذا الرأى دار الافتاء المصرية(٢)، كما سارت

(١) فقد جاء بحاشية ابن عابدين جـ٣ ص٦٣٣ «قوله زاد الزيلعى والصغير يعنى استثناه أيضا فلا تسقط نفقته المقضى بها بمضى المدة كالزوجة بخلاف سائر الأقارب» وجاء بالبحر الرائق جـ٤ ص٢١٥ «وأطلق فى نفقة الأولاد فشمل الأصل والفروع والصغار والكبار واستثنى فى الذخيرة معزيا الى الحاوى وأقره عليه الزيلعى نفقة الصغير فانها تعتبر دينا على الأب بقضاء القاضى بخلاف نفقة سائر الأقارب» - العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ١ ص٧٢.

(٢) وقد أفتت بأن:

١ - «النفقة المفروضة للولد المذكور لا تسقط بمضى المدة على ما عليه العمل كنفقة الزوجة المفروضة. وغيبة الأم به ولو بغير اذن أبيه لا يترتب عليها سقوطها. والله أعلم.

والمسألة منصوصة فى المهدية ص٤٣١ جزء أول من باب النفقة وصحيفة ٤٤١ منها وصحيفة ٣٧٨ وذكرها فى الأحوال الشخصية وعلل عدم السقوط بالأرفقية».

(فتوى صادرة بتاريخ ٨ جمادى الآخر سنة ١٣١٤هـ).

٢ - «للمرأة المذكورة فى السؤال أن تطلب من زوجها ما قدر لها من أجر الحضانة فى المدة الماضية من يوم التقدير بلا نزاع أما ما قدر من النفقة للأولاد فقد قيل اذا لم تؤمر المرأة بالاستدانة تسقط النفقة بمضى أكثر من شهر وقال الزيلعى لا تسقط نفقة الاولاد متى قدرت بالرضا أو القضاء وان طال الزمن ورجح الأول بعضهم ورجح الثانى بعض آخر وأفتى به ثقاة المفتين وهو الموافق للعدل خصوصا فى هذه الأزمان التى عمت فيها مما طلة الرجال لنسائهم فى الوفاء بالنفقات فلا تزال المرأة تطلب وهو يماطلها حتى تمضى الشهور بل الأعوام فلو أخذ بالقول الأول وصحت أحكام القضاة وما يجرى بين أيديهم مما لا أثر له وعد ذلك كله لغوا فالقول الثانى هو الذى يجب أن يكون عليه العمل فلا تسقط نفقة الاولاد فى المدة الماضية أما أجرة الحضانة التى للأم المطالبة بها فهى عن المدة الماضية كذلك الا فى الوقت الذى كانت فيه زوجة لغيره فانها لم تكن حاضنة وفى الوقت الذى رجعت فيه لوالد الاولاد فانها فى هذه الحالة مكلفة بالقيام على الاولاد بلا أجر وأما =

المحــاكم على هــذا الــرأى[1].

= الجدة فلها أن تطلب أجر الحضانة مدة إقامة الأولاد تحت حضانتها لأن تقدير الأجرة أمام القاضى كان الزاما للزوج بأن يدفع الأجرة المقدرة لمن يحضن الاولاد فيتعدى ذلك الى الجدة بالضرورة على أن أجرة الحضانة كأجرة الرضاع تلزم بدون عقد كما صرحوا به والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ ٢٧ رجب سنة ١٣١٨هـ).

(١) (دشنا الشرعية فى ١٩٣٤/١/٢٠- امبابة الشرعية فى ١٩٤٥/٦/٣- وقد استبعدت بعض الأحكام تقييد عدم سقوط نفقة الصغير بما اذا كانت مفروضة على الأب، وذهبت الى أن: «مجرد ذكر الأب فى بعض الفروع لا يصلح دليلا على أنها اذا كانت مفروضة على غيره تسقط بمضى المدة «الواقع أن الصغير لا يتصور أن يثبت له دين نفقة على أبيه أو قريبه، فان الحاضنة إن أنفقت من مسألة الناس أو من مال وهب له أو نحو ذلك، فقد اندفعــت حاجة الصغير بذلك ولم يثبت له دين نفقة حتى يقال بسقوطه. وإن أنفقت من مالها هى واعتبرناها متبرعة فكذلك إن أنفقت من مالها وان كان مستدانا ولم نعتبرها متبرعة وأقمنا حكم القاضى بالنفقة وحاجة الصغير اليها وتسليطها على الانفاق مقام الاذن بالإنفاق وجعلناها قرينة على عدم إرادة التبرع وأثبتنا لها حق الرجوع على القريب بما أنفقت، لم يكن هذا الدين للصغير لأنه استوفى حقه بالإنفاق عليه، وتكون كمن أذنه الأب بالانفاق على أولاده فأنفق عليهم فان الدين يكون له لا للأولاد ولا يكون حقيقة الأمر دين نفقة انما هو دين قرض أو شبه قرض- وهذا المعنى الأخير هو الذى يقتضيه الاستثناء ويدل عليه ما جاء فى أوائل فصل نفقة ذوى الأرحام من التتار خانية ونصه: «سئل أبو بكر عن صبى بين الأبوين فرض له القاضى النفقة على الأب فاجتمعت النفقة وكانت الأم تنفق من مالها؟ قال لها أن تطلب مقدار ما أنفقته بعد ما فرض القاضى فهى انما تطالب بمالها الذى أنفقته لا بنفقة هى حق للصغير، فهى تطالب بدين لها لا له».

الفيوم الشريعة فى ١٩٤٥/٧/٢ ذات المبدأ: بنى سويف الشرعية فى ١٩٣١/١١/٩- من هذا الرأى فى الفقة: عمر عبد الله ص٦٢٧- محمد مصطفى شلبى ص٨٥٠ وما بعدها- صلاح الدين زغو ص٣٤٠ وما بعدها وعكس ذلك: محمد قلوى باشا (م٤٠٧)- محمد أبو زهرة ص٤٣١.

١٧١- سقوط النفقة بالموت:

تسقط نفقة الأقارب- فى الراجح من المذهب الحنفى- بموت المحكوم له وبموت المحكوم عليه، ما لم يكن قد أذن باستدانتها واستدينت بالفعل، فانها تستوفى من تركة المحكوم عليه، لأن نفقة الأقارب صلة والصلات تبطل بالموت كالهبة قبل القبض.

وعلى ذلك اذا توفى القريب المفروض له النفقه- والذى لم يؤذن باستدانتها- كان للمحكوم عليه رفع دعواه بكف يد ورثته عن المطالبة بالنفقة لا بابطالها لأن الابطال انما يرد على ما هو قائم، وقد سقطت النفقة بالموت.

أما بالنسبة لنفقة الصغير المفروضة رضاء أو قضاء ولم يؤذن باستدانتها أو أذن باستدانتها ولم تستدن بالفعل فقد ذهب رأى فى الفقه والقضاء الى استثنائها من قاعدة السقوط، استنادا الى الأسباب الآتية:

١- أن اختيار القول بأن نفقة الصغير لا تسقط بمضى شهر فأكثر يستلزم حتما ألاتسقط نفقة الصغير بعد فرضها بمضى المدة ولابموت من فرضت عليه النفقة.

٢- أنه لا يتصور أن يثبت للصغير دين نفقة على أبيه أو قريبه، فان الحاضنة ان أنفقت عليه من مسألة الناس أو من مال وهب له أو نحو ذلك فقد اندفعت حاجة الصغير بذلك ولم يثبت له دين نفقة حتى يقال بسقوطه وان أنفقت عليه من مالها هى واعتبرت متبرعة فكذلك، وان أنفقت من مالها، وان كان مستدانا ولم تعتبر متبرعة، وأقمنا حكم القاضى بالنفقة وحاجة الصغير اليها وتسلطها على الانفاق مقام الاذن بالانفاق، وجعلناه قرينة على عدم ارادة التبرع، وأثبتنا لها حق الرجوع على القريب بما أنفقت، لم يكن هذا الدين للصغير، لأنه استوفى حقه بالانفاق عليه فلم يبق له شئ حتى يكون الدين له، وانما يكون الدين لمن أنفقت عليه، وتكون كمن أذنه

الأب بالانفـاق على أولاده فأنفق عليهـم فان الدين يكون له لا للأولاد، ولا يكون فى حقيقة الأمر دين نفقة، وانما هو دين قرض أو شبه قرض، وهذا المعنى الأخير هو الذى يقتضيه الاستثناء ويدل عليه ما جاء فى أوائل فصل نفقات ذوى الأرحام من التتار خانية ونصه:

«سئل أبو بكر عن صبى بين الأبوين، فرض القاضى له النفقة على الأب فاجتمعت النفقة، وكانت الأم تنفق من مالها قال: لها أن تطلب مقدار ما أنفقته بعد ما فرض القاضى فهى انما تطالب بمالها الذى أنفقته لا بنفقة هى حق للصغير فهى تطالب بدين لها لا له»[١].

وذهب رأى آخر فى الفقه والقضاء[٢] الى التقيد بالقاعدة العامة والقول بأن متجمد نفقة الصغير يسقط بالموت كغيره من الأقارب الا إذا أذن باستدانة النفقة واستدينت بالفعل، وذلك استنادا الى ما يأتى:

١ - أن استثناء بعض الفقهاء نفقة الصغير من السقوط ولو لم يؤذن بالاستدانة أو أذن بالاستدانة دون استدانتها هو استثناء من حكم السقوط بمضى شهر لا استثناء من السقوط بموت الصغير أو المحكوم عليه بالنفقة، فحكم سقوط النفقة بالموت يشمل كافة نفقات الأقارب ومن بينها نفقة الصغير.

٢ - أن الاستثناء لا يتوسع فيه اعمالا للقاعدة الأصولية وهى: «أن ما جاء على خلاف الأصل لا يقاس عليه».

---

(١) المستشار أنور العمروسى ص٢٥٩- طنطا الجزئية الشرعية فى ١٩٣٥/٢/٢٦- الجيزة الجزئية الشرعية فى ١٩٣٦/٧/١٥- قنا الجزئية الشرعية فى ١٩٥١/١٠/١٦.

(٢) محمد قدرى باشا (م٤٠٧)- محكمة الازبكية الشرعية فى ١٩٢٩/١٢/٣٠- مصر الابتدائية الشرعية فى ١٩٤٣/١/١٦.

٣- أنه لا قياس فى مورد النص اذ النصوص قاطعة فى السقوط بالموت فقد نص فى الفتاوى الهندية ص٤٠٨ من الجزء الأول «سئل رجل طلق زوجته ومعها منه بنتان ففرض على نفسه نفقة فى كل يوم لكل منهما قرشا ولأمهما قرشين فبعد مضى ثلاثة أشهر ماتت واحدة من البنتين فهل تنقطع نفقتها بالموت ولا يكون للأم مطالبة الأب بنفقة من مات منهما أجاب:

«يسقط ما قرره للصغير المذكورة من النفقة بموتها فليس لأمها المطالبة بنفقتها بعد الموت والحال هذه ما لم تكن مستنداته بالأمر من القاضى».

٤- ان نص التتارخانية محمول على ما اذا أنفقت الحاضنة بالأمر لترجع[١].

ونرى أن الرأى الأول هو الذى يجب الأخذ به[٢].

١٧٢- تعجيل النفقة يمنع من استردادها:

اذا عجلت نفقة مدة فان القريب يتملكها بالقبض ولا يجوز للمنفق استردادها، لأنها صلة محضة لا يصح الرجوع شرعا فيها بعد القبض[٣].

١٧٣- هلاك النفقة:

اذا هلكت نفقة القريب أو فقدت أو سرقت قبل مضى مدة الفرض وجبت له نفقة أخرى، لأن هذه النفقة صلة للقريب وفرضت لدفع الحاجة

---

(١) راجع: المستشار صلاح الدين زغو ص٣٤٣ وما بعدها- الدكتور عبد العزيز عامر ٦٢٠ وما بعدها.

(٢) من هذا الرأى: المستشار صلاح الين زغو ص٣٤٥.

(٣) بدائع الصنائع جـ٤ ص٣٨- ملوى الجزئية الشرعية فى ١٩٢٥/٥/١٤.

عنه، وبهلاك النفقة أو فقدها أو سرقتها قبل مضى مدة الفرض لا تكون حاجته إلى النفقة قد اندفعت فتلزمة نفقة أخرى أما إذا تعيبت بعد مضى مدة الفرض فلا تجب نفقة أخرى(١).

على أنه اذا هلكت أو سرقت أو فقدت نفقة الصغير باهمال من الحاضنة كعدم وضع النفقة فى مكان أمين فضاعت فانها تلتزم بالنفقة، فاذا كانت فقيرة تفرض النفقة مرة ثانية على الأب ويكون له حق الرجوع عليها اذا أيسرت (٢).

١٧٤- النفقة فى بيت المال (خزانة الدولة):

إذا لم يكن للفقير العاجز عن الكسب ذو رحم محرم ينفق عليه، كانت نفقته فى بيت المال (خزانة الدولة)، لأن من وظائف بيت المال فى نظام الاسلام أن يتحمل حاجة المحتاجين ويقوم بالانفاق عليهم.

غير أن وزارة العدل أصدرت المنشور رقم ٣٦ فى ٣ سبتمبر سنة ١٩٢٢، ذكرت فيه أن الدعاوى التى ترفع من الفقير العاجز عن الكسب على وزارة المالية غير مسموعة شرعاً، لأن شرط سماع الدعوى أن تكون ملزمة وهذه الدعوى غير ملزمة شرعاً.

ونعرض نص المنشور فيما يلى(٣):

«علمت الوزارة أن بعض المحاكم رفعت أمامها دعاوى على وزارة المالية بطلب فرض نفقة لفقر المدعين وعجزهم عن الكسب، وعدم وجود من تجب نفقتهم عليه، ومن حيث أن هذه الدعاوى غير مسموعة

(١) بدائع الصنائع جـ٤ ص٣٨.

(٢) المستشار صلاح الدين زغو ص٣٠٧ وما بعدها.

(٣) منشور فى الدليل المرشد للأستاذ محمد الغريب ص٨٥.

شرعاً، لأن شـرط سـمـاع الدعوى أن تكون ملزمة شرعاً. وهذه الدعوى غير ملزمة شرعاً.

(**أولاً**) لما يؤخذ من القنيـة عن الامام الوبرى من أن الأمـام ليس بملزم قضاء، باعطاء من له حظ فى بيت المال، بل له الخيار فى المنع والاعطاء، وأما ما قاله ابن عابدين تعليقاً على عبارة القنية من «أنه ليس للامام الخيار فى المنع والاعطاء من بيت المال مطلقـاً، وانما له ذلك بالنسبـة للمـال الذى أخذه صاحب الحظ بدون علمه»، فهو تأويل منه لصريح القنية، وحمل له على خلاف ظاهرها، لم يستند فيه إلى نص من كتب المذهب فضلاً عن مخالفته لروح الأحكام الشرعية المنصوص عليها فى أبواب بيت المال، فلا يعول عليه، وقد نقل عبارة القنية شارح الوهابية وصاحب البحر والفتاوى الهندية وغيرهم من الفقهاء، ولم يعلقوا عليها بمثل ما علق به ابن عابدين.

(**ثانياً**) : نص الزيلعـى وصاحب البحـر والبـدائع وغيرهم على ما يؤخذ منه أن صرف أموال بيت المال فى مصـارفه مفـوض لرأى الأمام، وموكول إلى اجتـهـاده، وظـاهر من هـذا أن الامـام لا يطـالـب قـضـاء بالصـرف لشخص معـين.

(**ثالثاً**) : الفقير الذى هو أحد مصارف البيت الرابع من بيوت المال ليس متعيناً للصرف عليه منه، لتعدد مصارف هذا البيت، فليس له ولاية المطالبة قضاء كالفقير فى الزكاة، والفقير فى الوقف على الفقراء لأن دعواهما غير ملزمة فلا تسمع اذن.

لهذا توجه الوزارة نظر المحاكم إلى عدم سماع هذه الدعاوى».

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن المنشور المذكور ضعيف فى اعتماده على الفقه، وأن الفقه على نقيضه، ولا يصح للقضاة أن يقيدوا به، لأن الفقير العاجز له حق مقرر ثابت ملزم للامام، وأى فقير له ذلك لأن الفرض أن بيت

الامام يتسع لكل الفقراء لا كبعض الأوقاف، فالقضاء فيه قضاء لصاحب الحق على من عليه الحق[١].

---

(١) الاستاذ محمد أبو زهرة ص٤٣٧ - وقد ذهب شرحاً لرأيه أن الفقهاء يقسمون بيوت المال إلى أربعة أقسام:

(**القسم الأول**) بيت المال الخاص بحصيلة زكاة المال وعشور الاراضى الزراعية.

(**القسم الثانى**) بيت المال الخاص بحصيلة الجزية والخراج.

(**القسم الثالث**) بيت المال الخاص بالغنائم والركاز.

(**القسم الرابع**) بيت المال الخاص بالضوائع والأموال التى لا وارث لها.

ولكل بيت من هذه البيوت مصارف خاصة به، والفقير له حظ فيها، ولكن الفقهاء الذين ذكروا الفقير العاجز الذى ليس له من أهله من يقوم بنفقته قضاء فى ضمن مصاريف بيت المال الرابع ولم يذكروا معه غيره، فقد جاء فى البحر: «يعطون أى الفقراء العاجزون» منه نفقتهم ويكفن به موتاهم، وتعقل به جنايتهم» وجاء مثل ذلك فى الزيلعى. وجاء فى البدائع ما نصه: «وأما الرابع فيصرف فى دواء الفقراء المرضى وعلاجهم، وأكفان الموتى الذين لا مال لهم، ونفقة اللقيط وعقل جنايته، ونفقة من هو عاجز عن الكسب وليس له من تجب عليه نفقته ونحو ذلك، وعلى الامام صرف هذه الحقوق إلى مستحقيها».

ويلاحظ هنا أن عبارة البدائع تفيد الالزام لا الاختيار، وأن الكتب الثلاثة قرنتها بعقل الجناية أى دفع الدية عمن يقتل خطأ ولا عصبة تعقل عنه، وهذه لا تكون إلا بحكم القضاء، فهى لها مشابهة لمدعى النفقة فى الالزام، من حيث أنها يتناولها الالزام القضائي.

ولقد جاء في الدر المختار ما نصه: «ومن له حظ فى بيت المال إذا ظفر بمال موجه له أخذه، وموضع النظر ما نقل فى شرح الوهابية عن الامام الوبرى ونصه: من له حظ فى المال وظفر بمال موجه لبيت المال، فله أن يأخذه ديانة، وللامام الخيار فى المنع والاعطاء فى الحكم أى فى القضاء انتهى كلامه».

=

. . . .

= فقد علق على ذلك ابن عابدين بقوله: «أى الخيار فى اعطاء ذلك الواجب له إذا علم به، ليعطيه حقه من غيره، إذ ليس له الخيار فى منع حقه من بيت المال مطلقاً كما لا يخفى».

وترى من هذا أن الامام الوبرى الذى تعلق به كاتب المنشور اجاز أن يأخذ صاحب الحق حقه ديانة، ومنع أن يقر فعله القضاء، لكيلا تكون فوضى فجاء ابن عابدين، وخشى أن يفهم من ذلك أن الامام ليس بملزم، ففسر حق القضائى فى عدم تعين ما أعطاه بل يعطيه غيره، وبين أنه لا يخفى على متتبع أقوال الفقهاء، وذلك حق لأن عبارة البحر تجعل حق الفقير العاجز فى البيت الرابع كدية القتل خطأ عندما تلزم فى بيت المال، وهذه يلزم بها القضاء ولأن عبارة البدائع صريحة فى الزام الامام، إذ يقول «وعلى الامام صرف هذه الحقوق إلى مستحقيها»، وعلى ذلك كان أمر الالزام غير خاف، فالحكم فيه حكم فى أمر ملزم لا فى أمر يكون فيه الخيار، وإذا كان غير ابن عابدين لم يعلق ذلك التعليق، لأنه لم ير فى الالزام غموضاً يوجب النص عليه، والزام الامام بالحكم لا ينافى تفويض الأمور إليه، لأن له أن يدير الدولة باجتهاده ويوزع الحقوق بين أربابها، ولكن إذا قصر أو منع حقاً أفلا يوجد من ينبهه إليه، فان رزق المقاتلة والقضاة، والعاملين عليها أفلا يكون للقضاء سلطة الالزام بهـذه الأجور؟

وقياس حق الفقير العاجز فى بيت المال على حق الفقير فى الوقف الموقوف على الفقراء باطل، لأن الفقهاء لم يجيزوا للفقير أن يأخذ مال الأوقاف، لأنه حقه. وأجازوا ذلك للفقراء فى بيت المال (المرجع السابق ص٤٣٥ وما بعدها).

كما أيدت هذا الرأى فترى دار الافتاء المصرية الصادرة بتاريخ ١٩٢٠/٣/٢ إذ جاء بها ما يأتى:

«نفيد أن المنصوص عليه شرعاً أن ما يشمله بيت المال (حكومة) أربعة أقسام فالقسم الثانى منها ما تأخذه الحكومة من عشر الأراضى العشورية وعشور أموال التجار المسلمين الذين يمرون بتجارتهم على عاملها (المسمى الآن بالجمرك) وهذا مصرفه كمصرف زكاة السوائم وهو ما نص عليه فى قوله تعالى ﴿انما الصدقات للفقراء﴾ الآية والقسم الثالث ما تأخذه الحكومة من خراج الأراضى الخراجية وما يماثل ذلك مما تأخذه كأعشار أموال تجار غير المسلمين =

....

= الذين يمرون على عمالها (الجمرك أيضاً) وهذا النوع يصرف فى مصالح المسلمين على ما عليه صاحب الهداية وعامة كتب المذاهب كبناء القناطر والجسور وكفاية العلماء والقضاة والعمال والمقاتلة وذرارى الجميع ورابعها مثل التركات التى لا وارث لها أصلاً والباقى منها بعد نصيب الوارث الذى لا يرد عليه ومصرف هذا النوع على ما هو المشهور فى المذهب اللقطة الفقراء، والفقراء الذين لا أولياء لهم وبالجملة فمصرف هذا كل عاجز عن الكسب من الفقراء كما يؤخذ ذلك كله من شرح الدر المختار ورد المحتار عليه من باب العشر ومن ذلك يعلم. أنه متى كانت زيد بنت رجب مناع وولدها فقيرين وليس لهما من تجب عليه نفقتهما من الموسرين كانا من مصاريف القسم الثانى والرابع من بيت المال (الحكومة) فيجب على الحكومة أن تعطيها الكفاية أما من عشور الأراضى العشورية أو من الجمرك الذى تأخذه من أموال تجار المسلمين أو من التركات التى لا وارث لها».

موضوع رقم (١١)

نفقة الابن الكبير

١٧٥ - المقصود بالابن الكبير :

المقصود بالابن الكبير الذكر الذى بلغ الخامسة عشرة من العمر طبقا للتقويم الهجرى، فقد رأينا أن المادة (١٨ مكررا ثانيا) اعتبرت الابن الذى لم يصل إلى السن المذكورة صغيرا يلتزم أبوه نفقته.

أما البنت فقد رأينا أن نفقتها على أبيها إلى أن تتزوج أو تكسب ما يكفى نفقتها.

وإذا لم يتحقق أحد الأمرين فان نفقتها تستمر على أبيها أو على من تلزمه نفقتها من بعده مهما تقدمت بها السن، لأن الأنوثة تعتبر عجزاً حكمياً عن الكسب ولو كانت البنت قادرة على الكسب، وليس للأب أن يؤجرها فى عمل أو خدمة، وله دفعها إلى امرأة تعلمها حرفة تكتسب منها كالتطريز أو الحياكة أو ما شابه ذلك.

غير أنه إذا كانت الأنثى تكسب فعلاً، بأن كانت تعمل فى حرفة أو مهنة أو التحقت بوظيفة، فان نفقتها تكون فى كسبها، فإذا لم يكف نفقتها، التزم أبوها أو من تجب عليه نفقتها بتكملتها.

١٧٦- متى يستحق الابن الكبير النفقة؟

يستحق الإبن الكبير النفقة على أبيه، وكذا على من تجب عليه نفقته - إذا لم يكن الأب موجوداً - إذا أتم الخامسة عشرة من العمر - طبقاً للتقويم الهجرى عاجزاً عن الكسب لأحد الأسباب الآتية:

١- اصابته بآفة بدنية أو عقلية.

٢- طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده.

٣- عدم تيسر الكسب له.

ونعرض لهذه الأسباب تفصيلاً فيما يأتى:

١٧٧- أولاً: اصابة الابن الكبير بآفة بدنية أو عقلية:

ومثال ذلك أن يصاب بمرض يقعده كالشلل، أو بفقد اليدين أو الرجلين أو أحد الرجلين أو العمى، أو الجنون أو العته، أو أى عارض يمنعه من الاكتساب(١).

أما إذا اكتسب أحد من هؤلاء، كأن يكون قد وجد عملاً يتلاءم مع حالته فان نفقته تكون فى كسبه، فإذا كان كسبه لا يكفى نفقته التزم الأب بتكملة نفقته إلى حد الكفاية.

---

(١) ويتفق هذا مع الفقه الحنفى فقد جاء بالتنوير وشرحه الدر المختار فى أسباب استحقاق نفقة الذكر على قريبه «أو كان الذكر بالغاً لكن عاجزاً عن الكسب بنحو زمانة لعمى وعته وفلج» - وقد علق ابن عابدين على ذلك بقوله: قوله عمى... الخ أفاد أن المراد الزمانة العامة كما فى القاموس. وفى الدر المنتقى أن الزمانة تكون فى ستة: العمى وفقد اليدين أو الرجلين أو اليد والرجل من جانب والخرس والفلج» - حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٦٢٧ وما بعدها.

وجاء بالبدائع جـ٤ ص٣٥ فى بيان شرائط وجوب النفقة التى ترجع إلى المنفق عليه: «والثانى عجزه عن الكسب بأن كان به زمانة أو قعد أو فلج أو عمى أو جنون أو كان مقطوع اليدين أوشلهما أو مقطوع الرجلين أو مفقوء العينين أو غير ذلك من العواض التى تمنع الانسان من الاكتساب».

غير أن مثل هؤلاء لا يجبرون على العمل ولا يكلفون شيئاً لأن مثل هذه العوارض تمنع عن الكسب بطبيعتها، فلا يكلف الشخص المصاب بها شيئاً من الكسب.

وتجب النفقة للابن الكبير ولو أتم الخامسة عشرة من العمر، ثم أصيب بالآفة المذكورة بعد ذلك، والمادة وان جرت على وجوب النفقة إذا أتم هذه السن عاجزاً عن الكسب بسبب الآفة البدنية أو العقلية، فذلك وليد عدم دقة صياغتها.

وهذه الحالة تعتبر من قبيل العجز عن الكسب حقيقة، وألحق بها الأحناف العجز عن العمل معنى، كمن به خرق ونحوه، والخرق هو عدم معرفة عمل اليد.

والخرق الذى يجعل الابن غير قادر على الكسب من حيث المعنى،هو الذى يؤدى إلى ذلك مع عدم امكان الشخص تعلم الكسب أى كسب، وذلك بأن يحصل التمرن ومحاولة العمل ومع ذلك لا يستطيع الشخص أن يحسن العمل لطبيعة فيه، أما إذا لم يحاول ذلك ولم يجتهد فى تعلم ما يجعله يتكسب فانه لا يعتبر أخرق بحيث يندرج فى عداد العاجزين عن الكسب.

ويستحق الابن الكبير النفقة ولو كان عاقاً، لأنه لا دخل لعقوقه فى استحقاق النفقة.

١٧٨- ثانيا: طلب العلم الملائم لأمثاله واستعداده:

اعتبر النص طلب العلم عجزاً حكمياً عن الكسب، وهو ما يتمشى مع المذهب الحنفى الذى كان معمولاً به فى قبل.

أما إذا كان الابن الكبير طالب علم ولكنه يكسب ما يكفى نفقته فانه لا يستحق النفقة، وإذا كان يكسب بعض ما يكفيه فيلزم الأب أو من تجب

عليه نفقته فى حالة عدم وجود الأب بتكملة نفقته إلى حد الكفاية، غير أنــه لا يجبر على التكسب ولو كان قادراً عليه رغم اشتغاله بالعلم، فقد اعتبر النص طلب العلم عجزاً حكمياً أو معنوياً عن الكسب.

وقد اشترط النص لتحقق العجز الحكمى بسبب طلب العلم، أن يكون بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده.

والاشتغال بطلب العلم يشمل ما هو ضرورى لتكوين الشخص واعداده للحياة سواء أكان دينياً أو دنيوياً، وهذا القدر من العلم بمنزلة الطعام والكساء، كما يتناول ما ليس بضرورى للطالب فى الدين أو فى حياته[١].

والعلم يكون ملائماً لأمثال الابن، إذا كان نوع العلم أو مرحلته مما يشتغل به أبناء من يماثل والده فى الوضع المادى أو المركز الاجتماعى، وطبقاً لما جرى عليه العرف.

والعلم الملائم لاستعداده، هو الذى يتفق مع ميوله ورغبته واستعداده الذهنى، فلا يجوز تكليف الأب بالانفاق على تعليم ثبت أنه لا يلائم استعداد ابنه، وذلك حتى لا يتخذ الأبناء من استعمال هذا الحق ذريعة للاضرار بآبائهم لابتزاز المال منهم بذريعة الاشتغال بالعلم وهم لا يرغبون فيه وليس لديهم التأهيل الذهنى أو النفسى له.

وقد جاء بالمذكرة الايضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ما يأتى:

«فى فقه المذهب الحنفى المعمول به الآن فى نفقة الولد على أبيه أقوال وتفاصيل فى استحقاق النفقة بسبب الاشتغال بالتعليم تعرضت لنوع العلم وحال طالبه، وتبعاً لذلك اختلفت اتجاهات المحاكم.

---

(١) المذكرة الايضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

ولما كان الاشتغال بطلب العلم يشمل ما هو ضرورى لتكوين الشخص واعداده للحياة سواء كان دينياً أو دنيوياً وهذا القدر من العلم بمنزلة الطعام والكساء، كما يتناول ما ليس بضرورى للطالب فى الدين أو فى حياته... من أجل هذا كان من المصلحة أو العدل تقرير ان الاشتغال بالتعليم يعتبر عجزاً حكمياً موجباً للنفقة إذا كان تعليماً ترعاه الدولة. ولا ينافى الدين وبشرط أن يكون الطالب رشيداً فى التعليم وفى قدرة من وجبت عليه النفقة الانفاق عليه فى التعليم» .

وحال مناقشة المادة بمجلس الشعب اقتراح أحد أعضاء المجلس تعديل المادة باضافة الشروط التى أوردتها المذكرة الايضاحية للاقتراح بمشروع القانون فى العلم الذى يعتبر الاشتغال به عجزاً حكمياً عن النفقة وهو أن يكون تعليماً لعلم ترعاه الدولة ولا ينافى الدين وبشرط أن يكون الطالب رشيداً فى التعليم وفى قدرة من وجبت عليه النفقة الانفاق عليه فى التعليم، إلا أن المجلس لم يوافق على هذا الاقتراح»[1] .

---

(١) فقد قرر السيد العضو محمد محفوظ حلمى ما يأتى:

بسم الله الرحمن الرحيم

السيد الدكتور رئيس المجلس، الإخوة والأخوات أعضاء المجلس الموقر.

أرجو أن يتابعنى السادة الأعضاء عند ابداء ملاحظاتى حول هذه المادة ليروا ما إذا كنت أتكلم من فراغ أو على أساس، وخاصة العبارة التى وردت بالفقرة الأولى والتى تقول: «أو بسبب طلب العلم الملائم لامثاله ولاستعداده»، وإننى لا أستند فى الرد على كلام من عندى ولكن ما ورد بمذكرة مجمع البحوث الإسلامية عن الاقتراح بمشروع قانون المعروض، وقبل الرد أود أن أطرح اقتراحى على المجلس الموقر وهو تعديل هذه العبارة لتصبح: «أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده إذا كان طالباً لعلم ترعاه الدولة ولا ينافى الدين وكان الطالب رشيداً فى التعليم وكان فى قدرة الأب الانفاق عليه فى التعليم».

=

....

= ولقد وردت بالمذكرة الايضاحية للاقتراح بمشروع قانون فى الصفحة رقم (٢٤) ومن المعلوم أن المذكرة الايضاحية لا حجية لها فى القضاء، وقد يستعان بها فى تفسير بعض النصوص ولا تكون شرطاً أو قيداً لا وجود له فى النص- شروط لا يجوز التنازل عنها عند فرض النفقة على الأب للولد الذى يطلب العلم، ومن هذه الشروط ما يلى:-

١- فرض على الأب الانفاق على ولده الذى يطلب العلم وتعليمه ما يشاء ولو كان تعليماً لأمور لا ترعاها الدولة ولا تقرها نظم التعليم فيها، لذلك لابد من وضع قيد على هذا وأن يكون النص: «تعليماً ترعاه الدولة».

رئيس المجلس:

نرجو أن تعطينا مثلاً لعلم أياً كان ينافى الدين.

السيد العضو محمد محفوظ حلمى:

لقد ورد فى الصفحة رقم (٢٤) بالتقرير المعروض أنه: «لابد أن يكون علماً ترعاه الدولة ولا ينافى الدين أو الشرع».

اننى لا أقبل أن يعلم ابنى الرقص مثلاً.

رئيس المجلس:

هذا ليس علماً.

السيد العضو محمد محفوظ حلمى:

ان له مدارس موجودة.

رئيس المجلس:

إذن، هل (الدف) ضد الدين؟

السيد العضو محمد محفوظ حلمى:

السيد الدكتور رئيس المجلس مسلم، وكذلك أنا مسلم، وأننى لا أقول كلاماً من عندى بل هو موجود بالمذكرة الايضاحية المرفقة، ومجمع البحوث الإسلامية وضعها كشرط، أما بالنسبة لما ورد بالفقرة الثانية من هذه المادة. فقد فرض على الأب الانفاق على ولده ولو كان يتعلم ما ينافى الدين مما تشرف عليه وترعاه بعض الجهات الرسمية، كتعليم الرقص والموسيقى، وغيرها. =

....

= **رئيس المجلس:**

هل الموسيقى ضد الدين؟

السيد العضو محمد محفوظ حلمى:

لا أريد أن أدخل فى أن هذا ضد الدين أو معه وكما قلت فسيادتك مسلم وأنا مسلم ولا أقول اننى مسلم أكثر من غيرى ولا أكثر غيرة من غيرى.

رئيس المجلس:

وليس من حقك أن تقول ذلك.

السيد العضو محمد محفوظ حلمى:

وكما قلت فهناك مدارس ومعاهد وكليات تمنح شهادات ويعين أصحابها فى وظائف رسمية، والعبرة ليست بطبيعة المادة التى تدرس، وانما لواضعى النظام فى التعليم، لذلك يجب وضع قيد على الانفاق فى التعليم واقترح اضافة عبارة «ولا ينافى الدين» وهذا هو المطلوب.

رئيس المجلس:

لقد وضع قيد «العلم المماثل لأمثاله»، فإذا كان الأب يحترف الغناء - مثلاً- والابن يريد أن يحترف الغناء، فهذا علم مماثل لأمثاله، ولو كان الأب يعمل شيئاً آخر وأراد الابن أن يعمل بشئ لا يليق بأمثاله، وأن القاضى لا يقدر أن يحكم بالانفاق عليه.

فعبارة: «العلم الملائم لأمثاله» مناسبة.

السيد العضو محمد محفوظ حلمى:

هذا لا أبتدعه أو أقول كلاماً من عندى، وانما اخذت تفسير الاقتراح بمشروع قانون والذى ورد بالتقرير فى الصفحة رقم ٢٤ واننى ملتزم به.

هناك ملحوظةأخرى وهى أننا فرضنا على الأب أن ينفق على أولاده فى التعليم وهو غير قادر مادياً، وعلى ذلك وكما قال الله تعالى: ﴿لا يكلف الله نفساً إلا وسعها﴾ ولا يجوز لنا أن نكلف نفساً إلا وسعها لذا فانه لابد من وجود قيد للقدرة على الانفاق كذلك يجب أن يكون هناك قيد آخر وهو أن يكون الطالب رشيداً.

ونرى مع ذلك اعتبار ماجاء بالمذكرة الايضاحية تفسيراً للنص لاسيما وأن هذا التفسير هو المتفق مع الراجح فى المذهب الحنفى[١].

فلا يعتبر – على ضوء ما تقدم – الاشتغال بالعلم عجزاً حكمياً عن الكسب إذا كان العلم الذى يشتغل به الابن مما لا ترعاه الدولة أى مما لا تضع

رئيس المجلس:

لقد ورد هذا القيد بالنص «بقدر يساره» وهى مكتوبة.

السيد العضو محمد محفوظ حلمى:

أرجو الموافقة على اقتراحى بتعديل الفقرة الأولى واضافة عبارة:

«إذا كان طالباً لعلم ترعاه الدولة ولا ينافى الدين وكان الطالب رشيداً فى التعليم وكان فى قدرة الأب الانفاق عليه» بعد بعبارة «طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده».

رئيس المجلس:

أرى أن وجهات النظر أصبحت واضحة، فهل توافقون على اقفال باب المناقشة فى هذه المادة؟

(موافقة).

رئيس المجلس:

والآن، أعرض على حضراتكم الاقتراحين المقدمين لتعديل هذه المادة لأخذالرأى عليهما الاقتراح الأول مقدم من السيد العضو محمد محفوظ حلمى ويقضى باضافة عبارة «إذا كان طالباً لعلم ترعاه الدولة ولا ينافى الدين وكان الطالب رشيداً فى التعليم وكان فى قدرة الأب الإنفاق عليه»، إلى الفقرة الأولى من المادة بعد عبارة «طلب العلم الملائم لأمثاله واستعداده» فالموافق من حضراتكم على هذا الاقتراح يتفضل برفع يده.

(أقلية)

(مضبطة مجلس الشعب الجلسة ٩٨- أول يوليو سنة ١٩٨٥ ص٩ وما بعدها)

(١) راجع الدكتور: الدكتور محمد بلتاجى فى درسات فى الأحوال الشخصية ص١٩٢.

له نظاماً واطارا يحكمه، كما لو كان يتعلم الفقه على أحد الشيوخ غير المقيد بأحد المعاهد[١].

أو إذا كان منافياً للدين، كالتعليم فى معاهد رقص الباليه أو صناعة التماثيل أو المعاهد التى تستخدم رجالاً ونساء عاريات كنماذج أو فى أى معهد أو مؤسسة يخالف نمط التعليم وظروفه وأدواته فيهما أحكام الشريعة الإسلامية مخالفة قطعية لا مجال فيها للاجتهاد أو التأويل[٢]. كما يجب أن يكون طالب العلم رشيداً فى التعليم بمعنى أن يكون ناجحاً. وليس المقصود بذلك ألا يرسب الابن ولو مرة واحدة، وانما يجب ألا يتكرر رسوبه على نحو يدل على فشله وعجزه عن السير فى طريق طلب العلم.

ويمكن القول أن فشل طالب العلم وعجزه عن السير فى سبيله دليل على أن اشتغاله بالعلم غير متفق مع استعداده،والاتفاق مع الاستعداد أحد الشروط التى نصت عليها المادة لاعتبار الاشتغال بالعلم عجزاً حكمياً عن النفقة[٣].

---

(١) الأستاذ محمد أمين الغزالى - حقق الأولاد ص١١٥.

(٢) الدكتور محمد بلتاجى ص١٩٢.

(٣) وعن وجوب النفقة لطالب العلم فى المذهب الحنفى جاء بالبحر الرائق جـ٤ ص٢١٠ ما يأتى: «.. زاد فى التبيين أن يكون من أعيان الناس يلحقه العار من التكسب أو طالب علم لا يتفرغ لذلك وفى المجتبى البالغ إذا كان عاجزاً عن الكسب وهو صحيح فنفقتـه على الأب وهكذا قالوا فى طالب العلم إذا كان لا يهتدى إلى الكسب لا تسقط نفقته عن الأب بمنزلة الزمن والأنثى أ هـ وفى القنية والظاهر أنه لم يخف على أبى حامد قول السلف بوجوب نفقة طالب العلم على الأب لكن أفتى بعدم وجوبها لفساد أحوال أكثر طلبة العلم فإن من كان منهم حسن السيرة مشتغلاً بالعلوم النافعة يجبر الآباء على الانفاق عليهم وانما يطالبهم فساق المبتدعة الذين شرهم أكثر من خيرهم يحضرون الدرس ساعة بخلافيات ركيكية ضررها فى الدين أكثر من نفعها ثم يشتغلون طول النهار بالسخرية والغيبة والوقوع فى الناس مما يستحقون به =

ويجب أن يكون فى قدرة من تجب عليه النفقة الانفاق على الولد فى التعليم، لأن الانفاق على التعليم من نفقته والنفقة تكون فى حدود اليسار، ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها. ويراعى فى ذلك أن الإنسان لا يلزم بتعليم ابن أخيه مثلاً إلى المستوى الواجب لابنه.(١)

غير أنه يراعى أن التعليم الأساسى وهو أولى درجات التعليم يشمل ما هو ضرورى لتكوين الشخص بمعرفة أمور الدين ومواجهة الحياة ووسائل العيش، وهذا القدر من التعليم بمنزلة الغذاء والكساء فهو من نفقة الولد أيا كان مستوى عائلته، ولذا جعله القانون تعليماً الزامياً(٢).

وتشمل نفقات التعليم(٣)، المصاريف المدرسية وثمن الأدوات والزى المدرسى.

وإذا كان الابن يتلقى العلم بالدراسات العليا التى تلى التعليم العالى،فانه لا تجب له نفقة على غيره طالما كان الكسب ميسراً له لأنها لا تتطلب التفرغ طوال اليوم، والاشتغال بوظيفته أو مهمنته لا يمنع منها(٤).

= لعنة الله والملائكة والناس أجمعين فيقذف الله البغض فى قلوب آبائهم وينزع عنهم الشفقة فلا يعطون مناهم فى الملابس والمطاعم فيطالبونهم بالنفقة ويؤذونهم مع حرمة التأفيف ولوعلموا بسيرتهم السلف لحرموا الانفاق عليهم ومن كان بخلافهم نادر فى هذا الزمان فلا يفرد بالحكم دفعاً لحرج التمييز بين المصلح والمفسد قلت لكن نرى طلبة العلم بعد الفتنة العامة المشتغلين بالفقه والأدب اللذين هما قواعد الدين وأصول كلام العرب والاشتغال بالكسب يمنعهم من التحصيل ويؤدى إلى ضياع العلم والتعطيل فكان المختار الآن قول السلف وهفوات البعض لا تمنع وجوب النفقة كالأولاد والأقارب».

(١) المذكرة الايضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

(٢) المذكرة الايضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد.

(٣) بركة السبع الجزئية بتاريخ ١٩٨٧/١١/٣ - الدعوى رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٦.

(٤) الأستاذ محمد أمين الغزالى ص١١٥.

١٧٩- ثالثا: عدم تيسر الكسب للإبن:

فى هذه الحالة يكون الابن البالغ قادراً على الكسب وليس عاجزاً عنه لآفة بدنية أو عقلية، ولكن أغلق أمامه باب الكسب، بأن لم يجد العمل المناسب لاستعداده وقدراته.

ولكى تجب نفقة الابن الكبير على أبيه فى هذه الحالة يجب أن يثبت الابن أنه قام بالسعى عن العمل المناسب وطرق أبوابه فلم يوفق فى الوصول إليه، فإذا ثبت أن سبل العمل كانت متاحة أمامه ولكنه أعرض عنه ترفعا أو كسلا، فانه لا يستحق النفقة.

وإذا أتم الصغير الخامسة عشرة من العمر عاجزاً عن الكسب لأحد الأسباب السابقة، أو أتمها ثم عجز عن الكسب، قع على عاتقه عبء اثبات عجزه، وله اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات الشرعية.

١٨٠- أصحاب البيوتات الذين يلحقهم العار من التكسب:

ذكر فقهاء الأحناف من بين العاجزين عن الكسب أصحاب البيوتات الذين يلحقهم العار من التكسب، أى أهل الشرف الذى يكون العمل بالنسبة لهم عاراً[١].

وقد اعترض على ذلك بعض فقهائهم لأن كسب الحلال فريضة، وبأن علياً سيد العرب كان يؤجر نفسه لليهود كل دلو ينزعه من البئر بتمرة، والصديق بعد أن بويع بالخلافة حمل أثواباً وقصد السوق فردوه وفرض له من بيت المال ما يكفيه وأهله وقال سأتجر للمسلمين فى مالهم حتى أعوضهم عما أنفقت على نفسى وعيالى.

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٦٢٨ - البحر الرائق جـ٤ ص٢١٠.

وقد رد العلامة ابن عابدين على ذلك بأن العمل لم يكن عاراً فى زمن الصحابة بل يعدونه فخراً. بخلاف من بعدهم بدليل أن الخليفة ومن دونه - فى زمانه - لو فعل ذلك لسقط من أعين رعيته فضلاً عن الأعداء وأن الشارع قد أثبت لولى المرأة حق فسخ النكاح لدفع العار عنه، فحيث كان الكسب عاراً له، كما لو كان ابناً أو أخاً للأمير أو ابناً أو أخاً لقاضى القضاة مثلاً، تجب له النفقة عليه بشروطها.

والمادة (١٨ مكرراً ثانياً) من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ لم تجعل هذه الصفة من أسباب استحقاق الابن الكبير النفقة على أبيه، مما يدل على أنها لم تعتبر هؤلاء عاجزين عن الكسب.

ولا شك أن ذلك مسلك حميد، لأن العمل هو أساس الحياة والسعى لكسب القوات يقوم عليه بنيانها، وفى الحديث «لأن يأخذ أحدكم حبله فيحتطب، فيأكل من عمل يده، خير له من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه، إن نبى الله داود كان يأكل من عمل يده» وفى هذا حث للناس على السعى وراء العيش وعلى التكسب ونبذ الأفكار التى تجعل من العمل عاراً.

وذهب بعض الفقهاء المحدثين - بحق - إلى أن قول ابن الهمام فى الفتح إذا كان من أبناء الكرام لا يجد من يستأجره فهو عاجز، يقيد برأى فقهاء الأحناف لأن معنى هذا أنه إذا وجد من يستأجره فهو ليس بعاجز وكذلك لو اتجه إلى العمل الحر يتكسب منه[1].

وقد جاء نص المادة متفقاً مع أحكام الدستور فقد نصت المادة ١/١٣ منه على أن: «العمل حق وواجب وشرف تكفله الدولة، ويكون العاملون الممتازون محل تقدير الدولة والمجتمع».

---

(١) الدكتور عبدالعزيز عامر ص٥١٧ وما بعدها - م (٣٩٦) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.

١٨١- علي من تجب نفقة الابن الكبير؟

تجب نفقة الابن الكبير – فى الحالات التى يستحق فيها النفقة – على أبيه وهذا ما نصت عليه المادة صراحة، ويتفق مع الرأى الراجح فى المذهب الحنفى من أنه لا يشارك الأب أحد فى نفقة ولده صغيراً كان أو كبيرا، فقد نصت المادة (٣٩٧) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا على أن: «لا يشارك الأب أحد فى نفقة ولده ما لم يكن معسراً زمناً عاجزاً عن التكسب فيلحق بالميت وتسقط عنه النفقة وتجب على من تجب عليه نفقته فى حالة عدمه»[1].

فإذا كان الأب معسراً عاجزاً عن الكسب فإنه يعتبر ميتاً وتسقط عنه النفقة وتجب على الأم إذا كان لها مال، فإذا لم يكن لها مال تنتقل النفقة إلى الجد لأب.

(أنظر فى ترتيب باقى من تجب عليهم النفقة بنود رقم ٢٠٢ وما بعده)

١٨٢- هل تجب نفقة زوجة الابن الكبير على الأب؟

إذا كانت نفقة الابن الكبير على أبيه لفقره وعجزه عن الكسب، فالراجح فى المذهب الحنفى أن الأب لا يلتزم نفقة زوجة ابنه، وانما يؤمر بالانفاق عليها ليرجع بما أنفق على الابن إذا أيسر[2].

---

(١) وقد روى عن الامام أبى حنيفة أن نفقة الابن الكبير تكون بين الأب والأم أثلاثاً الثلثان على الأب والثلث على الأم حسب ميراثهما عن الولد، بخلاف الصغير فانها علي الأب اجماعاً، وأساس هذه التفرقة أن الأب خص بالنفقة على إبنه الصغير لأنه مختص بالولاية عليه، وقد زالت ولايته بالبلوغ، فيزول الاختصاص بالنفقة، وتجب النفقة على الأب والأم على قدر ميراثهما.

(٢) التنوير وشرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ٣ ص٦١٦ وما بعدها – عبدالعزيز عامر ص٤٤٧ – أما زوجة الولد الصغير الفقير فلا تجب على الأب إلا إذا ضمنها وانما يؤمر بالانفاق عليها ويكون ديناً له يرجع به على ابنه إذا أيسر (م ٤٠٣) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.

١٨٣- انواع النفقة الواجبة:

تجب للابن الكبير على أبيه - أو على من تجب عليه نفقته - النفقة بأنواعها الثلاثة: الطعام والكسوة والمسكن كما يجب له اجر الطبيب وثمن الدواء ومصاريف العلاج، وإذا كان الابن مريضاً أو به زمانة يحتاج إلى الخدمة فيلزم الأب بأجر خادم له، لأن الخادم يعتبر فى هذه الحالة من كفايته، غير أنه يجب أن يكون فى طاقته أداء أجر الخادم، وتلزمه مصاريف تعليمه بالتفصيل السابق.

راجع أيضاً فى التفصيل موضوع رقم (١).

١٨٤- تقدير النفقة وزيادتها وتخفيضها:

راجع موضوع رقم (١١)..

ويجب مراعاة أن المقرر شرعاً أن الابن الكبير إذا طلب من القاضى فرض النفقة على أبيه أجابه وألزمه بأدائها إليه لأن ذلك حقه وله ولاية الاستيفاء، ولو عرض الأب أن يقدم له النفقة عيناً.

ويسرى ذلك على نفقة الحواشى[١].

وعلى الابن اثبات يسار الأب، فإذا لم يقدم اثباتاً وأنكر الأب اليسار كان القول له بيمينه[٢].

---

(١) فقد جاء بحاشية ابن عابدين جـ٣ ص٦١٤: «فإذا طلب من القاضى أن يفرض له النفقة على ابيه أجابه ويدفعها إليه لأن ذلك حقه وله ولاية الاستيفاء. ذخيرة. وعليه فلو قال له الأب أنا أطعمك ولا أدفع إليك لا يجاب، وكذلك الحكم فى نفقة كل محرم».

(٢) البحر الرائق جـ٤ ص٢٠٥.

١٨٥- احالة في بعض المسائل المتعلقة بنفقة الابن الكبير:

نحيل إلى **الكتاب الثاني** فى دراسة بعض المسائل المتعلقة بنفقة الابن الكبير وهى:

١- جواز ندب المحكمة أخصائى اجتماعى أو أكثر.

(بند ٢٤).

٢- وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم.

(بند ٢٤ وبنود ٣٩ وما بعده).

٣- النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة بالنفقة.

(بند ١٩٧).

٤- لا يترتب على الإشكال فى تنفيذ أحكام النفقة وقف إجراءات التنفيذ.

(بند ١٩٨).

٥- الحبس فى تنفيذ النفقة.

(موضوع رقم ٧) .

٦- المبالغ التى يجوز الحجز عليها من المرتبات والأجور والمعاشات وما فى حكمها وفاء لدين نفقة الإبن الكبير.

(موضوع رقم ٨)

٧- وفاء بنك ناصر الاجتماعى ديون النفقة المستحقة للابن الكبير واستيفاؤه لهذه الديون.

(بنود ٢٥٤ وما بعده)

موضوع رقم (١٢)

نفقة الأصول على الفروع

١٨٦- الأصول الذين تجب لهم النفقة على الفروع:

الأصول الذين تجب لهم النفقة على الفروع، هم الأصول عامة، فيشمل الأصول الأب والأم مهما علوا.

١٨٧- الأصل الشرعي لوجوب نفقة الأصول:

ورد الدليل على وجوب نفقة الأصول على الفروع فى الكتاب والسنة.

أما عن الكتاب فقوله تعالى: ﴿وقضى ربك الا تعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا﴾، ولاشك أن من أحسن الاحسان الانفاق على الوالدين حال فقرهما، وقوله: ﴿ووصينا الانسان بوالديه حسنا﴾، قوله: ﴿أن أشكر لى ولوالديك﴾ والشكر يقتضى المكافأة لهما ومجازاتهما عما أسدياه اليه من تربية وبر وعطف ووقاية من كل شر ومكروه وذلك عند عجزهما عن القيام بأمورهما وقضاء حوائجهما وادرار النفقة عليهما حال عجزهما وحاجتهما من باب شكر النعمة[١].

ـ وقوله تعالى فى شأن الوالدين الكافرين: ﴿وصاحبهما فى الدنيا معروفا﴾ ومن أعرف المعروف الانفاق عليهما عند الحاجة، واذا كان هذا أمر مقرر بالنسبة للوالدين غير المسلمين فمن باب أولى مقرر للمسلمين[٢]

وقوله تعالى: ﴿ولا تقل لهما أف ولاتنهرهما﴾ ومفهوم هذه الآية من باب أولى عدم ترك الانفاق عليهما عند عجزهما لأن فى ذلك ايذاء لهما أكثر بكثير من التأفيف.

---

(١) شرح فتح القدير جـ٤ ص٤١٥.

(٢) بدائع الصنائع جـ٤ ص٣٠.

أما فى السنة، فقد روى عن جابر بن عبد الله رضى عنه أن رجلا جاء الى رسول الله عليه السلام ومعه أبوه فقال يا رسول الله ان لى مـالا وان لى لى أبـا ولـه مال وان أبى يريد أن يأخذ مالى فقال رسول الله عليه السلام: ﴿أنت ومالك لأبيك﴾، كما روى عن النبى عليه السلام أنه قال ﴿أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه فكلوا من كسب أولادكم اذا ما احتجتم اليه بالمعروف﴾.

وما رواه النسائى عن طارق المحاربى قال: قدمنا المدينة فاذا رسول الله ﷺ قائم على المنبر يخطب الناس ويقول: ﴿يد المعطى العليا وابدأ بمن تعول أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك﴾.

وما روى من أن معاوية بن حيدة القشيرى قال:

قلت يا رسول الله من أبر؟قال: أمك، قلت ثم من؟ قال: أمك قلت ثم من؟ قال أمك؟ قلت ثم من؟ قال: أباك ثم الأقرب فالأقرب.

ولئن كـانت الآيات الكريمات والأحـاديث النبوية السـالفـة لم تذكـر الأجداد أو الجدات، فلأن الأجـداد والجـدات من الآباء والأمهات، ولهذا يقوم الجد مقام الأب عند عدمه ولأنهم سبب لاحيائه فاستجوبوا عليه الاحياء بمنـزلة الأبوين.

والذى يدل على أن ابن الأبن وان سـفل والجد وان عـلا يدخل فى مطلق اسم الولد والوالد قوله تعالى: ﴿يوصيكم الله فى أولادكم للذكـر مثل حظ الأنثيين﴾.

وقوله: ﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد﴾.

وقوله ﴿ملة أبيكم ابراهيم، هو سماكم من قبل﴾، فهو سبحانة وتعالى قد سمى ابراهيم أبا مع أنه جد بعيد جدا[١].

(١) وقصر الامام مالك استحقاق نفقة الأصول على الأب والأم دون الجد أو الجدة لأب أو لأم وان علوا، وقد اسـتدل على ذلك بأن النصـوص السـابقة تدل =

١٨٨- شروط وجوب النفقة:

تجب نفقة الأصل على الفرع كبيرا كان أو صغيرا ذكرا أو أنثى، اذا كان الأصل فقيرا لا مال له ولو كان قادرا على الكسب لأن الله أمر بالاحسان الى الوالدين، وهما يشملان كل الأصول على نحو ما أوضحناه سلفا، كما أمر بمصاحبتهما فى الدنيا بالمعروف وان كانا كافرين، وليس من الاحسان ولا المصاحبة بالمعروف أن يكلفا بالسعى على العيش بعد أن تقدمت بهما السن وولدهما ينعم بالمال بل هو ايذاء لهما ولا يتفق مع قوله تعالى: ﴿اما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما واخفض لهما جناح الذل من الرحمة، وقل رب ارحمهما كما ربيانى صغيرا﴾[1].

وفى هذا قضت محكمة بركة السبع الجزئية بتاريخ١٩٨٧/١١/٣ فى الدعوى رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ بأن:

«فبالنسبة للمنفق عليه يجب أن يكون معسرا فلا تجب لموسر على غيره نفقة فى قرابة الولادة وأن يكون عاجزا عن الكسب بأن يكون به مرض ويستثنى من هذا الشرط الوالد والجد عند عدم وجود الوالد فيقضى لهما بالنفقة على الابن الموسر ولو كانا قادرين على الكسب لأن الشرع قد نهى عن الحاق الأذى بالوالدين بالإضافة الى أن الشرع أضاف مال الابن الى مال الأب لقوله ﷺ: ﴿أنت ومالك لأبيك﴾.

واذا كان للأصل مال لا يكفى نفقته أو يتكسب بما لا يكفى هذه النفقة فان الفرع يلزم بتكملة هذه النفقة الى حد الكفاية.

= على وجوب النفقة على الولد وعلى الأولاد الصلبيين فيجب أن توقف عند ذلك. ولا يؤخذ من النصوص وجوب النفقة على غير المنصوص عليهم فيها ولا يمكن أن يقاس غيرهم عليهم، لأن الغير ليس مثلهم فى قوة القرابة فيختل القياس.

(١) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص٨٦٣.

وفى هذا قضت محكمة بندر شبين الكوم الجزئية بتاريخ ١٩٨٨/٥/٢٤ فى الدعوى رقم ١٥ لسنة ١٩٨٨ بأن:

«المقرر قانونا أن نفقة الأصول واجبة على الفروع وتقدر بقدر حاجتهم للنفقة... ولما كان ذلك وكانت المدعية (والدة المدعى عليه) عندها بعض العقارات التى تدر عليها دخلا الا أنه ضئيل لا يكفيها لأنه مبلغ ٢٥ جنيه شهريا، وأن المدعى عليه موسر حسب المستندات سالفة الذكر ومن ثم فان المحكمة تقضى للمدعية بفرض نفقة لتكمل بها حاجاتها الضرورية فى معيشتها حسب الوارد بالمنطوق»[١].

(أيضا الحكم الصادر بتاريخ ١٩٨٨/٦/٢١ فى الدعوى رقم ١٩٠ لسنة ١٩٨٧).

ولا يشترط أن يكون الفرع موسرا، بل يكفى أن يكون قادرا على الكسب، فيطالب بالسعى ليوفى بنفقة الأصل، فان امتنع عن العمل أجبر عليه[٢].

فاذا كان الفرع موسرا، أو كان فى فاضل كسبه ما يزيد على حاجته، فان الأصل يتقاضى النفقة بالطريقة التى يريدها، فان طلب أخذ نفقة ليعيش وحده أجيب إلى طلبه.

---

(١) والصحيح فى هذه الحالة رفض الدعوى لأن المدعية موسرة بامتلاكها بعض العقارات، إذ عليها بيعها والانفاق من ثمنها.

(٢) فقد جاء ببدائع الصنائع جـ٤ ص٣٦ «ولو قال الأب للقاضى ان ابنى هذا يقدر على أن يكتسب ما يفضل عن كسبه مما ينفق على لكنه يدع الكسب عمدا يقصد بذلك عقوقى ينظر القاضى فى ذلك فان كان الأب صادقا فى مقالته أمر الابن بأن يكتسب فينفق على أبيه وان لم يكن صادقا بأن علم أنه غير قادر على اكتساب زيادة تركه»- بركة السبع الجزئية بتاريخ ١٩٨٧/١١/١٧- الدعوى رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٧.

أما اذا كان ما يفيض عن حاجته لا يكفي أصله، فانه لا تفرض للأصل نفقة خاصة، وانما يجب عليه اذا كان له أولاده أن يضم أصله ليعيش معه ومع أولاده لأن المقاسمة في الطعام لا تضر ضررا فاحشا فما يكفي الثلاثة يكفي الأربعة، وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال: «لو أصاب الناس السنة[١] لأدخلت على أهل كل بيت مثلهم فان الناس لم يهلكوا على بطونهم».

فاذا لم يكن له أولاد وكان يعيش وحده فانه يجب ضم أصله اليه ان كان عاجزا عن الكسب، لأنه ليس من المروءة أن يترك أصله يموت جوعا أو يسأل الناس وهو يعيش في كفاية، وتضم الأم الفقيرة ولو كانت قادرة على الكسب لأن الأنوثة في ذاتها عجز حكمي.

أما اذا كان الأصل قادرا على الكسب فلا يجب عليه ضمه ولا يجبر على ذلك[٢]، لأن ضمه اليه على الدوام يؤدى الى عجزه عن الكسب حيث يضعف بمرور الأيام لعدم تكامل غذائه، وربما أدى ذلك الى هلاكهما معا، ورسول الله عليه السلام يقول: ﴿ابدأ بنفسك ثم بمن تعول﴾[٣].

---

(١) السنة: الشدة أو المجاعة أو الأزمة.

(٢) جاء في رسالة تحرير النقول في نفقة الفروع والأصول- مجموعة رسائل ابن عابدين جـ١ ص٢٢٨ «وان كان المنفق هو الابن وهو معسر مكتسب وفي كسبه فضل يجبر على الانفاق من الفضل وان كان لا يفضل شئ وله عيال يدخله معهم وتمامه في البدائع. فالمعتبر في ايجاب نفقة الوالدين مجرد الفقر وهو ظاهر الرواية كما في الذخيرة»- عمر عبد الله ص٦٣٢ وما بعده- مصطفى شلبي ص٨٦٤ وما بعدها.

(٣) وفي هذا افتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ٢٤ رجب سنة ١٣٢٤هـ بأن:

«وفي البحر ما نصه «وفي الخانية ولا يجب على الابن الفقير نفقة والده الفقير حكما اذا كان الوالد يقدر على العمل وان كان الوالد لا يقدر على العمل لو كان زمنا وللابن عيال كان على الابن أن يضم الأب إلى =

ولا يشترط لاستحقاق الأصل النفقة، الاتحاد فى الدين بين الأصل والفرع، لأنها وجبت للجزئية والبعضية.

وقد قضت محكمة الاسكندرية الابتدائية بتاريخ ١٩٥٨/٢/١٨ فى الدعوى رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٧٥ بأن:

«نفقة الأصل واجبة على فرعه بشرط أن يكون الأصل فقيرا ولا يشترط أن يكون عاجزا عن الكسب سواء كان الأصل أبا أو أما أو جدا أو جدة، ويشترط فى الفرع أن يكون قادرا على الكسب، ولا يشترط أن يكون موسرا فتجب النفقة على الفرع الموسر والقادر على الكسب متى كان فى كسبه ما يزيد على حاجته– والنفقة واجبة للأصل المعسر ولو كان قادرا على الكسب،

= عيـاله وينفـق على الكل» انتهى وكتب عليه بحاشية العلامة ابن عابدين قـولـه:

كان على الابن أن يضم الأب عياله الى آخره. ظاهره أنه يطعم مع عياله وكثيرا ما يسأل عما اذا كانت الأم تريد أن تأخذ من ابنها النفقة وتنفق هى على نفسها لأنها اذا كانت فى بيته تؤذيها زوجته وتشتمها فهل تجاب الى ذلك؟ ظاهره. لا. لكن هذا اذا كان الابن فقيرا أما الموسر فالظاهر أنه يلزمه الدفع الى أبيه أو أمه لأن ذلك حقهما فلهما قبضه منه وسيذكر المؤلف ما يؤيده قبيل قوله وصح بيع عرض ابنه انتهى مع بعض تحوير وما ذكره المؤلف نصه: «قال فى الذخيرة. واذا طلب الابن الكبير العاجز أو الأنثى أن يفرض له القاضى النفقة على الأب أجابه القاضى ويدفع ما فرض لهم اليهم لأن ذلك حقهم ولهم ولاية الاستيفاء» انتهى فعلى هذا لو قال الأب للولد الكبير أنا أطعمك ولا أدفع اليك شيئا لا يلتفت اليه وكذا الحكم فى نفقة كل محرم انتهى. ومن ذلك يعلم أن الولد المذكور فى حادثة السؤال ان كان فقيرا كسوبا كان عليه أن يضم والدته المذكورة الى عياله لتأكل مما يأكلون وتشرب وتكتسى مما يكتسون وأما ان كان موسرا والأم يحصل لها أذى من معاشرة زوجته وعائلتها فلها أن تطلب من القاضى أن يفرض لها النفقة الشرعية على ابنها الموسر المذكور ليدفعها لها. ولها ولاية استيفاء ما يفرضه القاضى لها بالطريق الشرعى، والله سبحانه وتعالى أعلم».

ولا يكلف بالسعى برا به واحتراما له- بل اذا لم يكن فى كسب الفرع ما يزيد عن حاجته، فانه يجب أن يضم أصله الى من ينفق عليهم من أهله فيشاركهم فى طعامه».

١٨٩- حالة تعدد الفرع:

اذا كان للأصل أكثر من فرع من طبقة واحدة، سواء كان الفروع ذكورا أم اناثا، كما لو كان للأب مستحق النفقة ثلاثة أبناء مثلا، فرضت عليهم النفقة بالتساوى بينهم لا فرق بين ذكر وأنثى صغير أو كبير، لتساويهم فى استحقاق النفقة.

هذا إذا كان الأولاد متساوين فى اليسار، أو كانوا متفاوتين فيه تفاوتا يسيرا.

أما اذا كان يسارهم يتفاوت تفاوتا كبيرا، وكان فاضل كسب أحدهم لا يكفى لدفع ما يخصه فى النفقة، فان النفقة تقدر بحسب حال الولد الأكثر يسارا- أى طبقا للفاضل فى كسبه- ولكن يلزم بها كل منهم بقدر ما يفيض فى كسبه، كأن يلزم الأكثر فاضلا فى الكسب- فى المثل السابق- بنصف أو ثلاثة أرباع النفقة ويلزم باقى الأولاد بباقى النفقة.

وهذا الرأى يتفق مع العدالة. وجرى عليه العمل فى المحاكم[1].

(١) وهناك رأى فى الفقه يذهب الى فرض النفقة بالتساوى بصرف النظر عن تفاوت اليسار تفاوتا كبيرا لأن سبب وجوب النفقة هو الجزئيةوهو متساوى بينهم.

فقد جاء بالبحر الرائق جـ٤ ص٢٠٦ : «وفى الخانية فان كان للفقير ابنان أحدهما فائق الغنى والآخر يملك نصابا كانت النفقة عليهما على السواء وكذا لو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا فهى عليهما على السواء أ هـ وذكر فى الذخيرة فيه اختلاف وعزا ما فى الخانية الى مبسوط محمد ونقل عن الحلوانى أنه قال: =

فقد قضت محكمة بني سويف الجزئية الشرعية بتاريخ ١٩٣٥/١/٣٠ فى الدعوى رقم ٤٢٩ لسنة ١٩٣٤ بأن:

«المنصوص عليه شرعا أنه اذا كان للفقير ابنان موسران فنفقته عليهما بالسوية وبما أن هذا ظاهر فيما اذا كان التفاوت بينهما فى اليسار يسيرا أما لو كان فاحشا فليس من المعقول أن يتساويا فى النفقة جاء فى فتاوى الأنقروية فى باب النفقة ما يأتى «فان كان للفقير ابنان أحدهما فائق فى الغنى والآخر يملك نصابا كانت النفقة عليهما على السوية وكذلك اذا كان أحد الاثنين مسلما والآخر ذميا كانت النفقة عليهما بالسوية» : نقلا عن قاضيخان فى نفقة الوالدين وجاء بالهامش منها عند ذلك ما يأتى «ونقل عن الحلوانى أنه قال: قال مشايخنا هذا اذا تفاوتا فى اليسار تفاوتا يسيرا واذا تفاوتا فيه تفاوتا فاحشا يجب أن يتفاوتا فى قدر النفقة كذا فى الذخيرة» ، وهذا النقل هو ما يقضيه العقل ويسيغه الفكر».

واذا اختلفت درجات الفروع كانت النفقة على الأقرب دون الأبعد بصرف النظر عن الارث، فيلتزم الأقرب النفقة ولو كان غير وارث.

فمن له بنت وابن ابن فنفقته على البنت وحدها مع أنهما وارثان لأنها اقرب من ابن الابن، ومن له بنت بنت وابن ابن ابن فنفقته على بنت البنت وان لم تكن وارثه لأنها أقرب درجة.

١٩٠- انواع النفقة:

تجب للأصل على فرعه النفقة بأنواعها الثلاثة: الطعام والكسوة والسكنى. واذا كان الأصل فى حاجة الى خادم كما لو كان مريضا او طاعنا فى السن فانه يفرض له أجر خادم لأن ذلك يكون داخلا فى كفايته.

ويجب له أجر الطبيب ومصاريف العلاج وثمن الدواء.

= قال مشايخنا هذا اذا تفاوتا فى اليسار تفاوتا يسيرا أما اذا تفاوتا فيه تفاوتا فاحشا فيجب أن يتفاوتا فى قدر النفقة».

١٩١- مقدار النفقة:

النفقة الواجبة للأصول على الفروع هى نفقة كفاية الأمثال على الأمثال بحيث لا تزيد عن فاضل الكسب[١]، فاذا قدر لأب نفقة لمثله على مثل ابنه مبلغ عشرة جنيهات وكان لا يفيض من كسب هذا الابن سوى خمسة وجب على القاضى ألا يفرض على الابن أكثر من خمسة جنيهات فقط، فاذا كان الفاضل من كسب الابن فى هذا المثال عشرين جنيها فرض القاضى للأب عشرة جنيهات فقط[٢].

١٩٢- زيادة النفقة وتخفيضها:

نفقة الأصول على الفروع- كما ذكرنا- نفقة كفاية الأمثال على الأمثال، وهذه الكفاية تكون فى حدود الفاضل فى كسب المنفق، وتختلف ولا شك باختلافه، كما تختلف باختلاف الأسعار، وعلى ذلك يجوز للأصل اذا زاد فاضل كسب الفرع أو ارتفعت الأسعار أن يطلب زيادة النفقة.

كما يجوز للأصل اذا قل فائض كسبه أو انخفضت الأسعار أن يطلب تخفيض النفقة.

ويجوز زيادة أو نقص المفروض صلحا على النحو الذى أوضحناه فى نفقة الأولاد الصغار.

١٩٣- الأولوية فى نفقة الأصول:

اذا كان للولد أبوان فقيران يستحقان النفقة، ولكنه لا يقدر الا على نفقة أحدهما، فان الأم تكون أحق بهذه

---

(١) بركة السبع الجزئية بتاريخ ١٩٨٧/١١/٢٩- الدعوى رقم ١٦٧ لسنة ١٩٨٦.

(٢) المستشار صلاح الدين زغو ص٣٢٢ وما بعدها.

النفقة[1] ، لأنها أنثى والأنوثة عجز حكمى عن الكسب، ولحديث النبى عليه السلام عن معاوية القشيرى« قلت يا رسول الله من أبر؟ قال: أمك: قلت ثم من؟ قال: أمك قلت ثم من؟ قال أمك، قلت ثم من؟ قال أباك ثم الأقرب فالأقرب»، واذا كان للولد أب وجد فقيران يستحقان النفقة، فان الأب يكون أولى من الجد اذا لم يستطع الولد الانفاق عليهما معا.

• ونفقة الولد الصغير على أبيه مقدمة على نفقة الأصول اذا كان لا يستطيع أداء سواها، لأن نفقة الصغير أكثر توكيدا لأنها تفرض على الأب ولو كان فقيرا.

١٩٤- نفقة زوجة الأب الفقير:

يتعين التفرقة فى حكم نفقة زوجة الأب الفقير بين ما اذا كانت الزوجة ليست أم الابن، وبين ما اذا كانت أم الابن.

(أ) اذا كانت زوجة الأب الفقير ليست أم الابن:

اذا كانت زوجة الأب الفقير ليست أم الابن، فسواء كانت موسرة أو معسرة، فان نفقتها تكون على الابن اذا كان الأب محتاجا اليها فى خدمته، كما لو كان طاعنا فى السن أو مصابا بعاهة أو بمرض مزمن بحيث لا يقدر على القيام بشئونه، لأن نفقة الأقارب مقدرة بالكفاية ومناطها الحاجة، والأب اذا كان صحيحا لا يحتاج الى الخدمة فلا تجب على الابن

---

(١) وفي هذا افتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩١٦/١٢/١٢ بأن:

«نفيد أن نفقة الأم تقدم على نفقة الأب اذا لم يقدر الولد الا على نفقة أحد والديه على ما هو الصحيح كما يؤخذ من شرح الدر المختار ورد المحتار عليه من باب النفقة. والله تعالى أعلم».

وهناك رأى مرجوح بأن النفقة تقسم بينهما.

نفـقـة زوجـة أبيـه، لأن الأب فى هذه الحالة لا يحتـاج الى الزوجـة لخدمته[١].

واذا كان الأب متزوجا من أكثر من واحدة، فلا يلزم الابن الا نفقة زوجة واحدة، ويقسم الأب النفقة على زوجاته، ولهن رفع أمرهن للقاضى ليأمرهن باستدانة الباقى من كفايتهن، ليكون دينا على الزوج، وتكون الادانة على من تجب عليه نفقتهن.

(ب) اذا كانت زوجة الأب الفقيرة ام الابن:

اذا كانت زوجة الأب الفقيرة أم الابن، وكان الأب محتاجا اليها فى خدمته فان نفقتها تكون على الابن سواء كانت معسرة أو موسرة لأن نفقتها تدخل فى كفاية الأب.

أما اذا كان الأب غير محتاج اليها، وكانت موسرة فان نفقتها تكون على الأب ويؤمر بها الابن ليرجع بها على الأب اذا أيسر أو تنفق هى على نفسها لترجع عليه[٢]، أما اذا كانت معسرة فان نفقتها تكون أيضا على الأب ويؤمر بها الابن ليرجع بها على الأب اذا أيسر[٣].

---

(١) من هذا الرأى: الدكتور مصطفى شلبى ص٨٦٥- المستشار صلاح الدين زغو ص٣٢٤- وهناك رأى آخر بأن نفقة زوجة الأب الفقير تجب على الابن مطلقا سواء كان محتاجا اليها أم ليس كذلك، وسند هذا الرأى أن نفقة الأصول ليس مناطها سد الحاجة والضرورة، بل انها كذلك للاحسان الذى أمر الله تعالى به ولهذا وجبت هذه النفقة اذا كان الأصل فقيرا غير عاجز عن الكسب، ومن الاحسان أن ينفق الفرع على زوجة الأصل حتى لو لم يكن محتاجا اليها لخدمته، كما أن الزواج قد يكون لازما للأصل محافظة على العفة والسكون الى الزوجة فيه راحة للنفس يجب على الفرع أن يمكن الأصل منه. (الدكتور عبد العزيز عامر ص٤٤٤ وما بعدها).

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص١١٦.

(٣) منحة الخالق على البحر الرائق جـ٤ ص٢٠٧- الدكتور محمد مصطفى =

١٩٥- إحالة فى بعض المسائل المتعلقة بنفقة الأصول على الفروع:

نحيل الى **الكتاب الثاني** فى بعض المسائل المتعلقة بنفقة الأصول على الفروع والتى عرضنا لها بالتفصيل، منعا من تكرار سردها، وهذه المسائل هى:

١-جواز ندب المحكمة أخصائى اجتماعى أو أكثر.

(بند ٢٤)

= شلبى ص٨٦٥- وهناك رأى آخر بأن نفقتها تكون على الابن لأنه لا يشارك الولد فى نفقة أبويه أحد (حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٦١٦)- وقد تولت محكمة جرجا الشرعية الرد على هذا القول بحكمها الصادر بتاريخ ١٩٤٣/٥/١٢ والذى جاء به «حيث أنه عن فرض نفقة الأم وفقر الزوج وعدم احتياجه اليها تكون نفقتها على الزوج وحده خلافا لما استظهره ابن عابدين من وجوب النفقة فى هذه الحالة على ولدها فرضا وأداء فان النفقة وجبت جزاء الاحتباس والزوج هو المحتبس ولم يذكر الفقهاء من مسقطات نفقة الزوجة فقر الزوج ونصوا على أنه فى حالة اعسار الزوج بالنفقة لا تطلق عليه زوجته بل يفرضها القاضى عليه ويأمر من تجب نفقتها عليه- لولا الزوج- بالأداء، أما استظهار ابن عابدين فلا سند له من الفقه الا قولهم «لا يشارك الولد فى نفقة أبويه أحد»- وهو محمول على ما اذا كانت الأم غير متزوجة أخذا من نصوص المذهب الصريحة ومن قولهم «لا يشارك الأب ولو فقيرا أحد فى نفقة والده كنفقة أبويه وعروسه» أى كما لا يشاركه أحد فى نفقة أبويه ولا فى نفقة زوجته، وعلى فرض أن الزوج محتاج اليها لزمانة لحقته فنفقتها اذا وجبت على ابنها منه فرضا وأداء اجماعا الا أنها لم تجب بعنوان أنها أم ولا بعنوان أنها زوجة لأب حتى تكون خصما فى طلبها منه، ولكنها وجبت بعنوان حاجة الأب اليها فى خدمته فنفقتها حينئذ جزء من نفقة الأب ومن جملتها والخصم فى طلبها الأب وحده دونها لأنها فى الحقيقة نفقته».

٢- وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم.

(بند ٢٤ وبنود ٣٩ وما بعده).

٣- النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة بالنفقة.

(بند ١٠٩).

٤- لا يترتب على الإشكال فى تنفيذ أحكام النفقة وقف إجراءات التنفيذ.

(بند ١٩١).

٥- المبالغ التى يجوز الحجز عليها من المرتبات والأجور والمعاشات وما فى حكمها وفاء لدين النفقة.

(موضوع رقم ٧).

٦- وفاء بنك ناصر الاجتماعى ديون النفقة المستحقة ، واستيفاؤه لهذه الديون.

(بنود ٢١٣ وما بعده).

٧- إلغاء الحبس فى تنفيذ أحكام النفقة.

(بند ١٩٢) .

٨- جريمة هجر العائلة.

(بند ١٩٣) .



موضوع رقم (١٣)
نفقة ذوى الارحام (الحواشى)

١٩٦- المقصود بنفقة ذوى الارحام (الحواشى):

قرابة ذوى الأرحام (الحواشى) التى توجب النفقة هى قرابة غير الولادة المحرمة للنكاح، بمعنى أنه اذا فرض أحد الطرفين أنثى والآخر ذكرا لا يحل لأحدهما أن يتزوج بالآخر.

وقرابة ذوى الأرحام (الحواشى) المحرمة للنكاح والتى توجب النفقة تثبت للاخوة والأخوات وأولادهم والأعمام والعمات والأخوال والخالات.

أما قرابة غيرهم كأبناء وبنات العمات، وأبناء وبنات الخالات، لا تحرم النكاح لأنه يجوز الزواج بينهم، ومن ثم لا توجب هذه القرابة لهم النفقة.

ويخرج عن قرابة ذوى الأرحام المحرمة للنكاح، القرابة عن طريق الرضاع، فلا يجوز للأخ رضاعا مثلا مطالبة أخيه من الرضاع بنفقة.

١٩٧- السند الفقهى لوجوب نفقة ذوى الارحام (الحواشى):

استند الحنفية فى ايجاب نفقة ذوى الأرحام (الحواشى) الى قوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس الا وسعها. لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك﴾، لأن العطف بالولد قصد به النفقة والكسوة لا ترك المضارة وأنه مما يساند هذا الفهم ويؤيده أن العطف فى الآية عطف جملة اسمية على جملة

اسمية وهو عطف شائع ولو كان المقصود به ترك المضارة فقط لكان عطف جملة اسمية على جملة فعلية وهو غير شائع ولو أريد بالآية ترك المضارة فقط لجاءت ﴿والوارث مثل ذلك﴾[1].

غير أنهم قيدوا الوارثين بالمحارم بما روى من أن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه كان يقرأ آية البقرة ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ بزيادة «ذى الرحم المحرم» بعد «الوارث» وهى وان لم تثبت قرآنيتها لعدم تواترها الا أنها تعتبر

---

(١) المستشار صلاح الدين زغو ص٢٧٦.

(٢) ويرى مالك والشافعى أن النفقة غير واجبة فى قرابة ذوى الأرحام المحرمة للنكاح، لعدم وجود دليل على ذلك ولأن قوله تعالى ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ لا يدل على وجوب النفقة على القريب الوارث لأنه معطوف على قوله تعالى ﴿لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده﴾ لا على قوله﴿وعلى المولود له رزقهن﴾.

وقد افتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٥٥/٣/١٥ بأن:

«اطلعنا على السؤال- والجواب: أن المذكورين جميعا قرابتهم للأولاد الفقراء المحتاجين للانفاق قرابة رحم غير محرم، والنفقة لا تجب للقريب على قريبه الا اذا كان رحما محرما. قال فى الفتح جـ٤ ص٢٠٩ «والفاصل أن يكون ذا رحم محرم- وقد قال الله تعالى ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾- وفى قراءة عبد الله ابن مسعود- وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك- قيد بالقريب لأن المحرم الذى ليس بقريب كالأخ من الرضاع لا تجب نفقته، وقيد بالمحرم لأن الرحم غير المحرم لا تجب نفقته، كابن العم وان كان وارثا، الى أن قال فلو كان له خال وابن عم فالنفقة على الخال لمحرميته لا على ابن العم وان كان وارثا، لأن المراد من الوارث فى الآية من هو أهل للميراث لا كونه وارثا حقيقة أهـ وبذلك يظهر أن المذكورين جميعا لا تجب نفقة هؤلاء الأولاد عليهم، ولا على طائفة منهم ولا على أحدهم- أما البنت التى تزوجت فنفقتها على زوجها اذا تحققت فيها شروط وجوب نفقة الزوجة عى زوجها. وبهذا يعلم الجواب عن السؤال والله تعالى أعلم...». =

تفسيرا وبيانا مسموعا من رسول الله عليه السلام(٢).

ولأن القرابة المحرمية قرابة قوية تستحق العناية والمحافظة عليها من القطيعة بايجاب النفقة لها دون غيرها، ولهذا كانت سببا فى تحريم الزواج عند وجودها لما فى الزواج من بسط سلطان الزوج على زوجته مما قد يؤدى الى قطع الرحم فاقتصر ايجاب النفقة على من اتصف بها دون من هو أدنى منه قرابة.

١٩٨- شروط وجوب نفقة الاقارب من ذوى الارحام:

يشترط لوجوب نفقة الأقارب من ذوى الأرحام توافر الشروط الآتية:

١- أن يكون طالب النفقة معسرا.

٢- أن يكون طالب النفقة عاجزا عن الكسب.

٣- أن يكون المطالب بالنفقة موسرا. فلا يكفى أن يكون قادرا على الكسب، لأن وجوب نفقة الأقارب من قبيل الصلات، والصلات لا تجب على غير ذوى اليسار.

---

* **كما افتت بتاريخ ١١ يناير سنة ١٩١٧ بأن:**

«اطلعنا على هذا السؤال ونفيد أن مذهب الحنفية أن نفقة القريب الفقير لا تجب على قريبه الا اذا كان رحما محرما منه وكان من تجب عليه النفقة موسرا فاذا وجد لشخص فقير مستحق للنفقة عدة أشخاص من أقاربه وكان بعضهم رحما محرما والبعض رحما غير محرم فلا تجب نفقة ذلك الفقير على قريبه غير المحرم ولو لم يوجد غيره كما ولو كان للشخص المستحق للنفقة خال شقيق أو لأب أو لأم وابن عم شقيق أو لأب وجبت نفقة ذلك الشخص على خاله لا على ابن عمه وان كان للشخص المستحق للنفقة أقارب محارم جميعا وبعضهم هو المستحق للتركة ويحجب البعض الآخر وجبت النفقة على المستحق للتركة وحده...الخ».

٤- اتحاد الدين بين طالب النفقة والمطالب بها. فاذا اتحدا دينا وجبت النفقة، واذا اختلفا دينا لم تجب. وعلى ذلك لا نفقة بين مسلم وغير مسلم، وعلة هذا الشرط أن نفقة ذوى الرحم المحرم تجب على طريق الصلة، والصلة فى قرابة الرحم المحرم أكثر تأكيدا عند اتحاد الدين منها عند اختلافه، كما أن النفقة فى هذه القرابة تتعلق بالقرابة والمحرمية مع التقييد بالارث- كما سنرى- ولا توارث بين المسلم وغير المسلم[1].

١٩٩- حد اليسار في نفقة ذوى الأرحام:

اختلف الفقهاء فى حد اليسار فى نفقة ذوى الأرحام (الحواشى)، الذى يجب توافره فى المنفق على قولين مصححين:

الأول: أن حد اليسار أن يملك نصاب الزكاة، وهو أن يملك عشرين مثقالا (دينارا) من الذهب، أو مائتى درهم من الفضة[2]، فائضا عن حوائجه الأصلية. لأن نفقة ذى الرحم المحرم صلة، والصلات المالية كالصدقات انما تجب على الأغنياء.

وهذا قول أبى يوسف.

الثانى: أن يكون له كسب دائم يكفى ويزيد. فانه فى هذه الحال ينفق من الزيادة على قريبه.

وسند هذا القول أن النفقة صلة وليست زكاة ولا صدقة، ولهذا لا تغنى عن الزكاة والصدقات عند عدم القضاء بها، فلا يشترط لوجوبها ما يشترط لوجوب الصدقات، ثم هى حق العبد والزكاة حق الله سبحانه وتعالى،

(١) البدائع جـ٤ ص٣٦ وما بعدها- الهداية جـ١ ص٤٧.

(٢) وقد قدر بعض الباحثين المحدثين هذا النصاب بـ٨٥ جراما من الذهب، ٥٩٥ جراما من الفضة على التوالى. (الدكتور يوسف القرضاوى- فقه الزكاة دراسة مقارنة لأحكامها وفلسفتها فى ضوء القرآن والسنة- الجزء الأول ص٢٦٠ وما بعدها).

وحقوق العباد لا يشترط لوفائها نوع خاص،وهى لدفع الهلاك، ويجب على كل مسلم القيام بدفع الهلاك عمن له به صلة ما دام فى ماله ما يفضل عن حاجته.

وهذا قول محمد(١).

وقد أفتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٤٠/١١/١٦(٢) بالرأى الثانى، كما سارت عليه أحكام المحاكم.

(دمنهور الكلية بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣).

٢٠٠- انواع النفقة:

تجب للقريب الفقير العاجز عن الكسب على قريبه الموسر النفقة بأنواعها الثلاثة: الطعام والكسوة والسكنى.

ويجب له أجر خادم اذا كان القريب فى حاجة إلى خادم كما لو كان طاعنا فى السن أو مريضا بمرض مزمن أو به عاهة بحيث لايستطيع القيام بشئونه الشخصية، لأن أجر الخادم يكون حينئذ من كفايته.

ويجب له نفقات التعليم من مصاريف دراسية وثمن كتب وزى مدرسى.

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٦٢١- محمد أبو زهرة ص ٤١٩.

(٢) وقد جاء بالفتوى: «اطلعنا على هذا السؤال ونفيد ان المعول عليه والذى جرى عليه العمل ان الشخص يعتبر موسرا فى باب نفقة الأقارب بكونه قادرا على الانفاق على قريبه ولو بفاضل كسبه سواء أحل له أخذ الصدقة أم حرم عليه أخذها وحينئذ يعتبر هذا العم الذى يملك مائة فدان موسرا بما يملك وإن كانت غلة هذه الأطيان لاتزيد عن نفقته ونفقة عياله وأن ابن الأخ المذكور يعتبر فقيرا عاجزا عن الكسب فتجب نفقته على هذا العم اذا كان لا يجد من يستأجره لو عمل أو كان يعير عن الكسب بطريق الأعمال والحرف التى لا يحتاج إلى تعلمه العلوم التى يتعلمها. ومتى كان العم موسرا لا تجب النفقة على العمة وبهذا علم الجواب عن السؤال والله أعلم».

والتعليم الأساسى هو أول درجات التعليم يشمل ماهو ضرورى لتكوين الشخص بمعرفة الدين ومواجهة الحياة ووسائل العيش، وهذا القدر من التعليم بمنزلة الغذاء والكساء، فهو من نفقة القريب مهما بعدت درجته وأياكان مستوى عائلته.

أما بالنسبة لدرجات التعليم الأخرى وأنواعه، فهى تخضع ليسار الملزم بالنفقة ومركزه الاجتماعى، مع مراعاة أن القريب من الحواشى لايلزم بتعليم قريبه درجة التعليم التى تجب عليه لابنه.

ولا يلزم القريب المنفق بنفقة زوجة قريبه الفقير العاجز فى أى حال.

٢٠١- مقدار النفقة:

تجب على القريب المنفق نفقة الكفاية بحيث لاتزيد على الفاضل فى كسبه، لأن هذه النفقة شرعت لسد حاجة القريب ومنعه من السؤال صلة لرحمه.

ونفقة الكفاية تختلف باختلاف اليسار.

ويرد على هذه النفقة الزيادة والنقصان بالتفصيل الذى أوردناه فى نفقة الأصول.

وقد قضت محكمة النقض- دائرة الأحوال الشخصية - بجلسة ١٩٧٩/٣/٧ فى الطعن رقم ٢٩ لسنة ٤٦ق بأن:

«علة وجوب النفقة بالقرابة هو سد حاجة القريب ومنعه من السؤال صلة لرحمه، والسبب فيها هو قرابة الرحم المحرمية مع الأهلية للميراث ومن ثم فان موضوع النسب يكون قائما فى الدعوى بطلب نفقة القريب باعتباره سبب الالتزام بها لاتتجه إلى المدعى عليه الا به، فيكون ماثلا فيها وملازما لها وتتبعه وجودا وعدما، لما كان ذلك. وكان حكم النفقة الذى استصدرته والدة

المطعون عليه لصالحه فى الدعوى رقم ...... صدر ضد والد المورث تأسيسا على أنه عم شقيق للمطعون عليه، فلا على الحكم المطعون فيه ان هو استدل مما اشتمل عليه حكم النفقة من قضاء على ثبوت صلة قرابة المطعون عليه بالمورث وأنه ابن عم شقيق له باعتباره سبب الالتزام بالنفقة».

٢٠٢ - ترتيب من تجب عليهم النفقة :

اذا لم يوجد لطالب النفقة أحد من أصوله ولا فروعه، وجبت نفقته على الأقارب من الحواشى ذى الرحم المحرم. ونفقة الأقارب من الحواشى ذى الرحم المحرم تتبع الميراث فتكون عليهم بحسب ميراثهم.

والعبرة بأهلية المنفق للميراث لاكونه وارثا حقيقة، لأن صفة الوارث لاتتحقق له طالما أن القريب المطالب بالنفقة على قيد الحياة[1].

فاذا كان الموجود من هؤلاء الأقارب أكثر من واحد، وكانوا جميعا وارثين وزعت النفقة عليهم بنسبة ارثهم، واذا كان بعضهم وارث والبعض الآخر غير وارث وزعت النفقة على الوارثين فقط بحسب أنصبائهم، ولا يفرض شىء منها على غير الوارثين.

فإذا كان له أخ شقيق (أو أخ لأب) وأخ لأم، يجب على الأخ لأم سدس النفقة والباقى على الأخ الشقيق (أو الأخ لأب) بنسبة ميراثهما.

واذا كان له عم شقيق وعمة شقيقة تجب النفقة على العم فقط لأنه الوارث دون العمة.

واذا كان له عمة وخالة تجب النفقة عليهما أثلاثا على العمة الثلثان وعلى الخالة الثلث بنسبة ميراثهما.

---

(١) (مادة ٤١٧) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا - فتوى دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٥٥/٣/١٥.

واذا كان له ابن أخ شقيق وبنت أخ شقيق فالنفقة واجبة على ابن الأخ وحده اذ لاترث معه بنت الأخ.

واذا كان له ابن أخ وخال فالنفقة واجبة على ابن الأخ وحده لكونه الوارث دون الخال.

واذا كان له عم وخال فالنفقة على العم لكونه هو الوارث.

ومن له أخت شقيقة وأخت لأب وأخت لأم (أو أخ لأم)

فالنفقة واجبة عليهن أخماسا فعلى الشقيقة ثلاثة أخماس وعلى الأخت لأب خمس وعلى الأخت لأم خمس بحسب ميراثهم فرضا وردا(١).

واذا كان لطالب النفقة وارث معسر يحرز كل الميراث أى ينفرد بكل الميراث، فانه يعتبر ميتا فى حق باقى من تجب عليهم النفقة من بعده، وتكون النفقة عليهم بحسب أنصبائهم فى الميراث باعتبار أن هذا الوارث غير موجود.

فاذا كان الوارث المعسر لا يحرز كل الميراث، فانه يفرض موجودا وتقدر أنصبة الميراث ثم يطرح نصيبه ويوزع على الموسرين كل على قدر نصيبه فى الميراث.

فاذا كان لطالب النفقة ابن وأخ شقيق وأخ لأم، وكان الابن معسرا، فان الابن يعتبر ميتا لأنه يحرز كل الميراث وتكون النفقة على الأخ الشقيق والأخ لأم.

أما اذا كان له بنت معسرة، فانها لاتعتبر ميتة لأنها لاتحرز الميراث كله كالذكر بل تشارك الأخوين فى الميراث، وعلى ذلك تعتبر موجودة لبيان من تجب عليه النفقة، فيسقط وجوب النفقة على الأخ لأم لأن البنت تحجبه عن

---

(١) عمر عبد الله ص ٦٣٨.

الميراث وتكون النفقة كالميراث مناصفة بين الأخ الشقيق والبنت، ويلزم الأخ الشقيق بأدائها كلها لاعسار البنت.

واذا تعدد الورثة المعسرون الذين لايحرزون الميراث كله وكان باقى الورثة موسرين فانهم يعتبرون موجودين لبيان من تجب عليه النفقة ويقسم الواجب عليهم على الموسرين بحسب أنصبائهم.

فاذا كان لطالب النفقة أم وأخت شقيقة موسرتان وأخت لأم وأخت لأب معسرتان، فالنفقة عليهن حسب الميراث وباعتبار أن المعسرتين موجودتان، فيكون على الأم السدس والأخت الشقيقة النصف والأخت لأب السدس تكملة الثلثين والأخت لأم السدس فرضا ولاعسار الأخت لأم والأخت لأب، يسقط ما عليهما من نفقة ويوزع نصيبها على الباقين حسب أنصبائهم، وعلى ذلك تلزم الأم بربع النفقة والأخت الشقيقة بثلاثة أرباعها[١].

وقد قضت محكمة الزقازيق الجزئية الشرعية بتاريخ ١٩٣٥/٤/٨ فى الدعوى رقم ٧٥٥ لسنة ١٩٣٤ بأن:

«حيث أن المنصوص عليه شرعا أنه اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة موسر ومعسر، فان المعسر اذا كان ممن يحرز كل الميراث يعتبر معدوما، ثم ينظر إلى ورثة من تجب له النفقة فتجعل النفقة عليهم على قدر ميراثهم، وان كان المعسر لايحرز كل الميراث تقسم النفقة عليه وعلى من يرث معه فيعتبر المعسر لاظهار قدر ما يجب على الموسرين ثم تجعل كل النفقة على الموسرين على اعتبار ذلك- أما اذا كان المعسر لا يحرز كل الميراث لأن الأخوة الأشقاء هنا لا يحرزون كل الميراث لمشاركة الأم لهم فلا وجه لاعتبارهم معدومين فتقسم

(١) المستشار صلاح الدين زغو ٣٣١

النفقة عليهم وعلى من يرث معهم وهو الأم لاظهار قدر مايجب على الأم على اعتبار ذلك ولا وجه لايجاب النفقة على أحد من الأعمام لأن كلا منهما يحجب بالأخ الشقيق المطلوب له النفقة فلا يرث معه ولاتجب لذلك النفقة عليه» .

٢٠٣- ضابط ابن عابدين فى حصر احكام نفقة الاقارب[(١)]:

قال ابن عابدين بضابط فى حصر أحكام نفقة الأصول والفروع، وهذا الضابط يعتبر فى الحقيقة ضابطا فى حصر أحكام نفقة الأقارب عموما فى المذهب الحنفى، سواء كانت النفقة للأصول أو للفروع أو للحواشى.

ولهذا الضابط أهميته فى العمل، لاضطراب أقوال الفقهاء فى حصر أحكام النفقة اذا اختلفت درجة القرابة أو قوتها أو نوعها[(٢)] .

ويقول ابن عابدين، ان من يوجد من قرابة الولادة قد يكون شخصا واحدا أو أكثر. فاذا كان واحدا وجبت عليه النفقة عند استيفاء شروط الوجوب.

---

(١) راجع فى هذا: رسالة تحرير النقول فى نفقة الفروع والأصول - مجموعة رسائل ابن عابدين جـ١ ص ٢٧٨ وما بعدها- حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٦٢٣ وما بعدها.

(٢) وفى هذا يقول ابن عابدين: «وأعلم أن مسائل هذا الباب مما تحير فيها أولوا الألباب لما يتوهم فيها من الاضطراب وكثيرا ما رأيت من ضل فيها الصواب حيث لم يذكروا لها ضابطا نافعا ولا أصلا جامعا، حتى دفعنى الله تعالى إلى جمع رسالة فيها سميتها «تحرير النقول فى نفقات الفروع والأصول» أعاننى فيها المولى سبحانه على شىء لم أسبق إليه ولم يحم أحد قبلى عليه، باختراع ضابط كلى مبنى على تقسيم عقلى مأخوذ من كلامهم تصريحا أو تلويحا جامع لفروعهم جمعا صحيحا بحيث لا تخرج عنه شاذة، ولا يغادر منها فاذة» .

(حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٦٢٣ وما بعدها).

أما اذا كان أكثر من شخص واحد فانه يندرج تحت أحد الأقسام الآتية:

١ – أن يكون لمستحق النفقة فروع فقط.

٢ – أن يكون لمستحق النفقة فروع وحواشى.

٣ – أن يكون لمستحق النفقة فروع وأصول .

٤ – أن يكون لمستحق النفقة فروع وأصول وحواشى.

٥ – أن يكون لمستحق النفقة أصول فقط.

٦ – أن يكون لمستحق النفقة أصول وحواشى.

٧ – أن يكون لمستحق النفقة حواشى فقط.

ونعرض لحكم هذه الأقسام بالتفصيل على النحو الآتى:

٢٠٤- القسم الأول: ان يكون لمستحق النفقة فروع فقط:

العبرة فى هذا القسم بالقرب بعد الجزئية، ولا اعتبار هنا بالميراث قط، لأن علة ثبوت النفقة على الفروع الجزئية وليس للميراث دخل بها.

ويقدم الأقرب وان كان هذا الأقرب غير وارث، فان تساوى الفروع فى القرب لمن تستحق له النفقة تكون عليهم بالسوية دون نظر إلى الميراث. فاذا كان لطالب النفقة ابن وبنت تجب النفقة عليهما بالسوية رغم اختلاف نصيبهما فى الارث.

وان كان له ولدان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم تجب النفقة عليهما بالسوية رغم أن غير المسلم لايرثه.

وان كان له ابن وابن ابن تجب النفقة كلها على الابن لأنه أقرب.

وان كان له بنت بنت وابن ابن فتجب النفقة عليهما بالتساوى رغم أن الميراث لابن الابن دون بنت البنت لاستوائهما فى القرب والجزئية[1].

٥٠٥- القسم الثاني: ان يكون لمستحق النفقة فروع وحواشي:

تفرض النفقة على الفروع، وتكون العبرة- كالشأن فى القسم الأول- بالقرب بعد الجزئية دون الميراث.

وتفرض النفقة على الفروع بالسوية اذا استووا فى القرب لمن تجب له النفقة، وان لم يستووا فى القرب له فانها تفرض على الأقرب منهم دون الأبعد. وتطبيق ذلك يؤدى إلى استبعاد الحواشى واعتبار أن الموجود فقط هم الفروع، لأنه لا تتوافر الجزئية فى الحواشى، اذ ليسوا من عمود النسب[2].

فاذا كان له ابن غير مسلم وأخ مسلم، تجب النفقة على الابن غير المسلم. رغم أن الميراث للأخ لاختصاص الابن بالجزئية والقرب، وإن كان له ولد بنت وأخ شقيق تجب النفقة على ولد البنت رغم أنه غير وارث لأنه يختص دون الأخ الشقيق الجزئية، وإن استويا فى القرب لطالب النفقة لادلاء كل منهما بواسطة، وهى فى ولد البنت أمه، وفى الأخ الشقيق أبوه.

٥٠٦- القسم الثالث: ان يكون لمستحق النفقة فروع واصول:

تكون العبرة هنا بالأقرب جزئية، فان تساووا فى القرب اعتبر الترجيح، فان لم يوجد اعتبر الإرث.

---

(١) وذهب الرملى إلى أن النفقة تكون هنا على ابن الابن لرجحانه بكونه هو الوارث «منحة الخالق على البحر الرائق جـ٤ ص ٢٠٧» - وقد رد ابن عابدين على ذلك بقوله «ويؤخذ من هذا أنه لاترجيح لابن ابن على بنت بنت وان كان هو الوارث لاستوائهما فى القرب والجزئية ولتصريحهم بأنه لا اعتبار للارث فى الفروع، والا لوجبت اثلاثا فى ابن وبنت ولما لزم الابن النصرانى مع الابن المسلم شيء. وبه ظهر أن قول الرملى فى حاشية البحر: انها على ابن الابن لرجحانه مخالف لكلامهم»- حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٦٢٤.

(٢) الدكتور عبد العزيز عامر ص ٤٧٦.

فان كان لطالب النفقة أب وابن ابن، فالنفقة على الأب لأنه الأقرب فى الجزئية.

وان كان لطالب النفقة أب وابن تجب النفقة على الابن رغم استوائهما فى الجزئية لوجود دليل يرجح وجوب النفقة على الابن، هو حديث النبى عليه السلام ﴿أنت ومالك لأبيك﴾ فهذا الحديث وان لم يجعل للأب فى مال الابن حقيقة الملك، فانه يوجد له فى ماله شبهة الملك.

وكذلك اذا كان لطالب النفقة أم وابن، تجب النفقة على الابن لقول المتون ولا يشارك الولد فى نفقة أبويه أحد[1].

فان كان له جد وابن ابن، فانهما يتساويان فى الجزئية ولم يوجد دليل يرجح وجوب النفقة على أحدهما، فتجب النفقة عليهما على حسب الميراث لقوله تعالى ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ فيكون على الجد السدس وعلى ابن الابن خمسة الأسداس.

وان كان له جد لأب وبنت بنت فالنفقة كلها على الجد لأب، لأنه ينفرد بالميراث.

٢٠٧- *القسم الرابع:* ان يكون لمستحق *النفقة* فروع وأصول وحواشى:

فى هذا القسم يلغى اعتبار الحواشى، لأن النفقة تسقط عنهم لوجود الفروع، فقد رأينا فى القسم الثانى أنه لا اعتبار للحواشى مع الفروع، لأن العبرة بالقرب بعد الجزئية دون الميراث.

---

(١)وقد جاء بحاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٦٢٤ «... ومثله أم وابن لقول المتون ولا يشارك الولد فى نفقة أبويه أحد قال فى البحر: لأن لهما تأويلا فى مال الولد بالنص ولأنه أقرب الناس إليهما فليس ذلك خاصا بالأب كما قد يتوهم بل الأم كذلك»

وبالغاء اعتبار الحواشي، يكون لدينا فروع وأصول فقط كما هو الشأن في القسم الثالث.

وعلى ذلك يكون حكم هذا القسم هو حكم القسم الثالث تماما.

٢٠٨- القسم الخامس: ان يكون لمستحق النفقة أصول فقط:

اذا كان من بين أصول طالب النفقة أب، فان النفقة تجب عليه وحده لقول المتون لايشارك الأب فى نفقة ولده أحد.

فاذا كان من ضمن الأصول أب وأم، تكون النفقة على الأب.

أما اذا لم يكن الأب موجودا ضمن الأصول فانه يتعين التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون بعض الأصول وارثا والبعض الآخر غير وارث.

فى هذه الحالة تجب النفقة على الأقرب جزئية.

فاذا كان لطالب النفقة أم وجد لأم، تجب النفقة على الأم لأنها أقرب جزئية، وأم الأب كأبى الأم[1].

---

(١) وقد علق الأستاذ محمد أبو زهرة فى كتابه الأحوال الشخصية - قسم الزواج ص ٤٢٤ وما بعدها هامش(١) على ذلك بقوله: ان هذا الحكم أخذه ابن عابدين بالتخريج على أقوال من سبقوه، ولم ينصوا عليه ثم ذكر نص كلام ابن عابدين كالآتى:

«أما اعتبار القرب والجزئية اذا كان فيهم غير وارث فكما فى القنية لو كان له أم وجد لأم فعلى الأم، أى لترجحها بالقرب واختصاصها بالإرث، دون الجد المذكور، وفى حاشية الخير الرملى على البحر. واذ اجتمع أحد أجداد وجدات لزمت الأقرب ولو لم يدل به الآخر - أى كجد أبى الأم، وجد أبى أبى الأب، ومقتضاه لزومها على أبى الأم» ثم قال إن ابن عابدين استنبط ذلك الحكم استنباطا من غير نص عليه، وأنه أخطأ فى هذا الاستنباط لأن القنية =

فان تساووا فى القرب يرجح الوارث فتكون النفقة عليه.

فاذا كان لطالب النفق جد لأم وجد لأب، تجب النفقة على الجد لأب فقط اعتبارا للارث، لأن له الميراث دون الجد لأم.

الحالة الثانية: أن يكون جميع الأصول وارثين.

وفى هذه الحالة تجب النفقة حسب الميراث.

فان كان لطالب النفقة جد صحيح وان علا وأم، تكون النفقة عليهما كالميراث، على الجد الثلثان وعلى الأم الثلث.

= عللت تقديم الأم على الجد لأم بأنها أقرب وأنها ترث ولم تعلله بالقرب فقط. وان الخير الرملى خشى أن يفهم تقديم الأقرب اذا أدلى به الأبعد، فقال انه يقدم وان لم يدل الأبعد به. وفسر ذلك ابن عابدين بضرب المثل بأبى أم مع أبى أبى الأب واستنبط الحكم وكان يمكن أن يكون المثل هو أبو أم وأبو أم أم. وفى هذه الأمثلة يكون تقديم الأقرب لا شائبة فيه ثم أن تعليل القنية لتقديم الأم على الجد لأم بقربها وارثها، يدل على عدم الغاء الإرث، ولذا كان الإرث غير ملغى الاعتبار اذا كان أحد الأصلين وارثا والآخر غير وارث، وأن ابن عابدين نفسه لا يلغى اعتباره، لكن أينظر إليه قبل النظر إلى القرب، فيرجح الوارث مطلقا، أم ينظر اليه بعد القرب، فلا ينظر إليه الا عند التساوى؟ ثم ذهب الأستاذ أبو زهرة إلى أنه يرى أن ينظر إليه قبل القرب ليستقيم منطق المذهب، والفروع لا تجافى ذلك، وليكون متفقا مع قوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾.

وذكر الدكتور عبد العزيز عامر فى مؤلفه (الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية - النسب - الرضاع - الحضانة - نفقة الأقارب) ص ٤٨٠ هامش(١) أن المفهوم من تعليق الشيخ أبو زهرة أنه حتى عند عدم تساوى الأصول فى القرب لطالب النفقة، اذا كان فيهم وارث وغير وارث، ينظر أولا إلى الوارث فتكون عليه النفقة حتى لو كان هذا الوارث هو الأبعد، وطبعا من باب أولى تكون عليه النفقة اذا كان هو الأقرب لاجتماع صفتى القرب والوراثة فيه، فعنده الوارث هو الذى عليه النفقة على كل حال، ليكون الأمر متفقا مع قوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾.

وان كان له أم أم، وأم أب، وأبو أب، تكون النفقة عليهم جميعا بحسب الميراث.

فعلى الجدتين السدس يقسم بينهما بالسوية، وعلى الجد أبي الأب الباقي.

وان كان له أبو أبي أب وأم أم تكون النفقة عليهما أسداسا، عليها السدس وعليه الباقي.

٢٠٩- *القسم السادس أن يكون لمستحق النفقة أصول وحواشي:*

اذا كان أحد الصنفين غير وارث والآخر وارثا، فان اعتبار الإرث يلغى ولا يكون له دخل في النفقة، وتكون النفقة على الأصول وحدهم ترجيحا للجزئية ولو كانوا هم غير الوارثين ولأنه لاتوجد مشاركة بين الصنفين في الإرث حتى يعتبر الإرث في هذا القسم.

فان كان لطالب النفقة جد لأب وأخ شقيق، تجب النفقة على الجد لأب وحده.

وان كان له جد لأم وعم فتجب النفقة على الجد لأم.

والسبب في ذلك أن أحد الصنفين هو الوارث دون الصنف الآخر، هو الجد لأب في المثال الأول، والعم في المثال الثاني.

واذا كان الصنفان وارثين، فان النفقة تكون على حسب الميراث.

فان كان لطالب النفقة أخ شقيق وأم تكون النفقة بينهما أثلاثا، على الأم الثلث وعليه الثلثان.

وان كان له أم وعم فالنفقة عليهما أسداسا، عليها السدس وعليه الباقي.

واذا تعدد الأصول عند اجتماعهم بالحواشى، فانه ينظر إلى الأصول أولا باعتبار أنه لايوجد معهم حواشى، ويجرى الترجيح بينهم بطرق الترجيح المذكورة فى القسم الخامس، حتى يخرج من هذا من تستحق عليه النفقة من الأصول بفرض عدم وجود غيرهم، وبعد ذلك يوازن بين من عليه النفقة من الأصول على فرض وجودهم وحدهم وبين الحواشى وتفرض النفقة على أحدهما أو عليهما تبعا للأحوال حسب القواعد التى ذكرناها فى أول هذا القسم.

فاذا كان لطالب النفقة جد لأب وجد لأم وأخ شقيق، فان النفقة تكون على الجد لأب، لأن الجد لأب والجد لأم أحدهما وارث والآخر غير وارث ودرجة قرب جزئيتهما متساوية فوجب اعتبار الإرث.

واذا كان له أم وجد لأم وعم، تجب النفقة على الأم والعم حسب الإرث، على الأم الثلث والعم الثلثان وذلك لأن قواعد القسم الخامس توجب النفقة على الأم دون الجد لأم لأن الأم أقرب جزئية منه، وبإعمال قواعد القسم السادس تجب النفقة على الأم والعم حسب الإرث لأنهما وارثين.

واذا كان لطالب النفقة أم وجد لأب وأخ عصبى أو ابن أخ أو عم، فقد ذهب ابن عابدين إلى أن النفقة تكون على الجد وحده، ووجه ذلك أن الجد يحجب الأخ وابنه والعم لتنزيله حينئذ منزلة الأب، وحيث تحقق تنزيله منزلة الأب صار كما لو كان الأب موجودا حقيقة، واذا كان الأب موجودا حقيقة لاتشاركه الأم فى وجوب النفقة، فكذا اذا كان موجودا حكما فتجب على الجد فقط بخلاف ما لو كان لطالب النفقة أم وجد لأب فقط فان الجد لم ينزل منزلة الأب ولذا وجبت النفقة عليهما اثلاثا[1].

وقد بنى ابن عابدين رأيه السابق على رأى الامام أبى حنيفة – الراجح فى المذاهب – الذى يجعل الجد لأب بمنزلة الأب عند اجتماعه مع العصبة

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٦٢٥.

من الحواشي، وهو يخالف رأى بعض الصحابة والصاحبين والأئمة الثلاثة. وقد أصبح هذا الرأى لايتفق بالنسبة للأخوة والأخوات الأشقاء أو لأب مع حكم المادة ٢٢ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ التى قضت بأن الجد يقاسم الإخوة فى الميراث وجعلته كالأخ اذا كانوا ذكورا فقط أو ذكورا وإناثا أو إناثا عصبة مع الفرع الوارث[١].

وعلى ذلك اذا كان لطالب النفقة جد لأب وأم وأخ شقيق، فان النفقة تكون عليهم بنسبة الميراث، فيكون على الأم الثلث وعلى الجد مثله، وعلى الأخ الشقيق كذلك، لأن الميراث للصنفين هنا[٢].

---

(١) فقد نصت هذه المادة على أن:

«اذا اجتمع الجد مع الإخوة والأخوات لأبوين أو لأب كانت له حالتان:

الأولى: أن يقاسمهم كأخ ان كانوا ذكورا فقط أو ذكورا وإناثا أو إناثا عصبن مع الفرع الوارث من الإناث.

الثانية : أن يأخذ الباقى بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب اذا كان مع أخوات لم يعصبن بالذكور أو مع الفرع الوارث من الإناث.

على أنه اذا كانت المقاسمة أو الإرث بالتعصيب على الوجه المتقدم تحرم الجد من إرث أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض بالسدس.

ولا يعتبر فى المقاسمة من كان محجوبا من الإخوة أو الأخوات لأب.

(٢) من هذا الرأى: الأستاذ محمد أبو زهرة ص ٤٢٦ وما بعدها- وعكس ذلك المستشار صلاح الدين زغو ص ٣٣٩ اذ يرى أن المادة ٢٢ من قانون الميراث لاتغير من رأى العلامة ابن عابدين لأن العمل بهذا النص يعتبر استثناء من وجوب العمل بأرجح الأقوال من مذهب الامام أبى حنيفة والاستثناء يقتصر فيه على مورد النص فلا يتوسع فيه، وعلى ذلك فأحكام الجد فى غير المواريث باقية على حالها يرجع فيها إلى أرجح الأقوال من فقه أبى حنيفة.

٢١٠- القسم السابع: أن يكون لمستحق النفقة حواشى فقط:

اذا كان لمستحق النفقة حواشى فقط، فان النفقة تتبع الميراث، فمن تثبت له أهلية الإرث من مستحق النفقة تجب عليه النفقة، واذا كانوا جميعا ورثة تكون النفقة عليهم بنسبة أنصبائهم فيه، وذلك وفق التفصيل الذى أوردناه سلفا.

(راجع فى هذا بند ٢٠٢).

٢١١- إحالة في بعض المسائل المتعلقة بنفقة ذوي الأرحام (الحواشي):

نحيل إلى الكتاب الثانى فى بعض المسائل المتعلقة بنفقة ذوى الأرحام (الحواشى) والتى عرضنا لها بالتفصيل منعا من تكرار سردها ، وهذه المسائل هى :

١ – جواز ندب المحكمة أخصائى اجتماعى أو أكثر.

(بند ٢٤).

٢ – وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم.

(بند ٢٤ وبنود ٣٩ وما بعده)

٣ – النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون للأحكام الصادرةبالنفقة.

(بند ١٩٧)

٤- لايترتب على الإشكال فى تنفيذ أحكام النفقة وقف إجراءات التنفيذ.

(بند ١٩٨)

٥- المبالغ التى يجوز الحجز عليها من المرتبات والأجور والمعاشات وما فى حكمها وفاء لدين النفقة.

(موضوع رقم ٨)

٦- الحبس فى تنفيذ دين النفقة

(موضوع رقم ٧)

موضـوع رقـم (١٤)
متعة المطلقة فى القانون رقم
١٠٠ لسنة ١٩٨٥

٢١٢- النص القانونى :

المادة (١٨ مكررا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥:

«الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح اذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط»[١].

٢١٣- تعريف المتعة فى المذهب الحنفى :

المتعة فى اصطلاح الفقهاء – كما رأينا سلفا – هى ما توصل به المرأة بعد طلاقها من ثياب وغيرها جبرا لوحشة الفراق، وهى كسوة كاملة للمرأة مما تلبسه عند الخروج من المنزل عادة أو قيمة ذلك من نقود وغيرها.

وقد قدروها بثلاثة أثواب من كسوة مثلها، وهى درع وخمار وملحفة[٢].

وهذا التقدير كان باعتبار عرف زمانهم بدليل أنهم نصوا على أن المعتبر عرف كل بلد فيما تكتسى به المرأة عند الخروج.

---

(١) وكان يقابل هذا النص فى القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ – المقضى بعدم دستوريته– المادة (١٨ مكررا) المضافة الى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والتى جاءت مطابقة حرفيا للنص الحالى.

(٢) الدرع هو القميص والملحفة بكسر الميم ما تلتحف به المرأة من قرنها الى قدمها والخمار ما تغطى به المرأة رأسها.

ولم يرد في القرآن أو السنة مقدار معين للمتعة. وقد جعل الأحناف لها حدا أعلى وحدا أدنى. فحدها الأعلى ألا تزيد على نصف مهر المثل، وحدها الأدنى خمسة دراهم لأن أقل المهر الواجب شرعا عندهم عشرة دراهم ونصفه خمسة.

وقد استدلوا على وجوب المتعة بقوله تعالى في سورة البقرة:

﴿ولا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة، ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره، متاعا بالمعروف، حقا على المحسنين﴾.

(راجع في التفصيل بند ٢٠١ وما بعده).

٢١٤ - المرأة التي تستحق المتعة في المذهب الحنفي:

كان المعمول به في شأن استحقاق المتعة قبل سريان القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - المقضى بعدم دستورية - الأحكام الواردة في المذهب الحنفي عملا بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

والمنصوص عليه في هذا المذهب أن المتعة واجبة للزوجة المعقود عليها بعقد زواج صحيح وفارقها زوجها قبل الدخول والخلوة بسبب من جهته، سواء كانت هذه الفرقة طلاقا أو فسخا اذا كان لم يسم لها مهرا وقت العقد ولو سمى لها مهرا بعده، أو سمى المهر وقت العقد تسمية غير صحيحة أو اتفق على نفي المهر.

وهي مستحبة فقط وليست واجبة اذا طلقت المرأة قبل الدخول والخلوة وكان قد سمى لها مهر وقت العقد، فتكون لها المتعة بجانب نصف المهر المسمى الواجب لها، وكذلك اذا طلقت المرأة بعد الدخول فيكون لها المتعة بجانب المهر سواء كان المهر مسمى أو مهر المثل، وذلك تطييبا لخاطرها وتخفيفا من وحشة الفراق عليها ومن قبيل التسريح باحسان.

ولذلك جاء بالمذكرة الايضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ما يأتى:

«لما كان من المستقر عليه شرعا أن الطلاق حق للزوج وكان القانون القائم لا يوجب المتعة المالية للمطلقة بعد الدخول وحسبها أنها استحقت المهر كله بالدخول ولها نفقة العدة أما المتعة فهى مستحبة ولا يقضى بها».

راجع فى التفصيل بند ٢٠٢).

٢١٥- تعريف المتعة في القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥:

تدخل الشارع بايجاب متعة للمطلقة المدخول بها لأول مرة بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ (م ١٨ مكررا)، ولما قضى بعدم دستورية القرار بقانون المذكور، صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ونص على متعة المطلقة فى المادة (١٨ مكررا) المضافة الى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، وهذا النص يطابق حرفيا نص المادة الذى كان واردا بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩.

ومتعة المطلقة طبقا لهذا النص مبلغ من المال يقدر بنفقة سنتين على الأقل يستحق للزوجة المدخول بها فى زواج صحيح اذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها، وذلك فوق نفقة عدتها.

وقد جاء بالمذكرة الايضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ عن هذه المتعة:

«لما كان من المستقر عليه شرعا أن الطلاق حق للزوج وكان القانون القائم لا يوجب المتعة المالية للمطلقة بعد الدخول وحسبها أنها استحقت المهر كله بالدخول ولها نفقة العدة أما المتعة فهى مستحبة ولا يقضى بها.

واذ قد تراخت المروءة فى هذا الزمن وانعدمت لا سيما بين الأزواج اذا

مطع حبل المودة بينهما وأصبحت المطلقة فى حاجة الى معونة أكثر من نفقة العدة تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق وفى المتعة ما يحقق المعونة وفى الوقت نفسه تمنع الكثيرين من التسرع فى الطلاق.

ولما كان الأصل فى تشريع المتعة هو جبر خاطر المطلقة وكانت مواساتها من المروءة التى تطلبتها الشريعة وكان من أسس تقديرها قول الله تعالى ﴿ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾ من الآية ٢٣٦ من سورة البقرة وكان ايجاب المتعة هو مذهب الشافعى الجديد حيث أوجبها للمطلقة بعد الدخول ان لم تكن الفرقة منها أو بسببها وهو قول لأحمد اختاره ابن تيمية كما أن ايجابها مذهب أهل الظاهر وهو قول لمالك أيضا (المهذب للشيرازى فقه شافعى جـ٢ص٦٧-٦٨ والمحلى لابن حزم جـ١٠ ص٢٤٥-٢٤٩).

وعلى هذا وضع نص المادة ١٨ مكررا بمراعاة ضوابط أقوال هؤلاء الأئمة وللقاضى أن ينظر فى تقديرها عدا ما سبق الى ظروف الطلاق والى اساءة استعمال هذا الحق ووضعه فى موضعه ولا تقل فى تقديرها عن نفقة سنتين وتخفيفا على المطلق فى الأداء أجاز النص الترخيص له فى سداد جملة المقرر للمتعة على أقساط»[1].

---

(١) وقد ورد بتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ما يأتى.

«نصت المادة المضافة بالقرار بقانون برقم ١٨ مكررا على أن حق الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح اذا طلقها زوجها بدون رضاها ولا بسبب من قبلها فى الحصول فوق نفقة عدتها على «متعة» تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية. وأجاز النص تقسيط مبلغ هذه المتعة المستحقة وسند القرار بقانون فى هذه الأحكام ما يلى:

ويمكن القول- على ما هو مستفاد من الأعمال التحضيرية للقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ والقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥- أنه قصد من تشريع متعة المطلقة بعد الدخول، جبر خاطر المطلقة ومواساتها وتطييب خاطرها تخفيفا لألم الفراق ووحشته، وتوفير معونة لها أكثر من نفقة العدة تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق، وقد روعى فى تحمل الزوج بها

(أ) الأصل فى تشريع المتعة جبر خاطر المطلقة لأن مواساتها من المروءة التى تتطلبها الشريعة الاسلامية وأساس تقديرها قوله تعالى﴿ ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾ وقد أقر مذهب الشافعية الجديد المتعة للمطلقة بعد الدخول ولو لم تكن الفرقة منها بسببها وهو قول (أحمد) اختاره (ابن تيمية) وكذلك مذهب « أهل الظاهر» وأحد «أقوال الامام مالك».

وقد راعى نص المادة (١٨ مكررا) المذكورة الضوابط التى قررها هؤلاء الأئمة.

وجدير بالذكر أن رأى المذاهب الأخرى المختلفة فى المتعة أنها «مستحبة » للمطلقة بعد الدخول وان كان لا يقضى بها.

(ب) أنه فى هذا الزمان الذى تراخت فيه المروءة وانعدمت ولا سيما بين الأزواج اذا ما انقطع حبل المودة بينهما ولم يعد يعبأ المطلق بمصير مطلقته بعد الطلاق وقد تكون منقطعة الأهل ناضبة الموارد وغير عاملة وكبيرة فى السن بعد عشرة طويلة قبل الطلاق لسبب ليس لها شأن به فان الزوج يتعين عليه أن يتحمل بحكم مبادىء التضامن الاجتماعى الذى يقوم عليه المجتمع طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية ولصريح نص الدستور فى حالة الطلاق يجب تقديم معونة للمطلقة تساعدها على مواجهة عاديات الحياة فى ظروف صعبة وقاسية عليها ليست فقط تقتضى مواساة المطلقة بسبب الطلاق ولكن حمايتها وحماية المجتمع من أثر الضغوط التى تواجهها بعد أن انفكت عرى زواجها وأصبح =

مبادىء التضامن الاجتماعى الذى يقوم عليه المجتمع طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية وبصريح نص الدستور.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

« تقرير المتعة للمطلقة وفقا لنص المادة ١٨ مكررا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ليس جزاء لإساءة الزوج استعمال حقه فى التطليق ، بل إن الأساس فى تقريرها - على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية لهذا النص- أن المطلقة فى حاجة إلى معونة أكثر من نفقة العدة ، وفى المتعة ما يحقق هذه المعونة ولأن الأصل فى تشريعها جبر خاطر المطلقة ومواساتها».

(طعن رقم ٦ لسنة ٦٣ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٧/٣/١٠)

=عليها أن تواجه مشكلة تدبير شئون حياتها من جديد فى الظروف الاجتماعية والاقتصادية الحالية التى تستحكم فيها الأزمات ويتعين أن يتضافر فيها أفراد المجتمع لمواجهتها وأولى الناس بتحمل جانب من ذلك الزوج الذى طلق زوجته وهو وان باشر حقا له لا يسوغ أن يتخلى عن المروءة ولا أن يهدر واجب التضامن الاجتماعى الاسلامى، ولا أن يترك مطلقته عرضة للدمار والتحطيم.

ولاشك أن ما قررته أحكام المادة (١٨) مكررا آنفة الذكر من أحكام تعد تطبيقا سليما لأحكام ولمبادىء الشريعة الاسلامية السمحاء التى تقرر تضامن المسلمين وتحتم عليهم التساند كالبنيان المرصوص يشد بعضه بعضا.

ان المادة (٧١) من مشروع الأحوال الشخصية الموحد تنص على ذات المبادىء التى تضمنتها أحكام المادة (١٨) مكررا التى أضافها القرار بقانون محل البحث، وقد سبق ذكر أن هذا المشروع قد أعدته لجنة من كبار العلماء بالشريعة الاسلامية فى مصر والسوادن.

٢١٦- قضاء المحكمة الدستورية العليا بدستورية المادة ١٨ مكررا التي تفرض المتعة:

قضت المحكمة الدستورية العليا برفض دعويين أقيمتا أمامها بطلب الحكم بعدم دستورية المادة ١٨ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ التى تفرض المتعة.

وحكمها الأول صادر بتاريخ ١٩٩٣/٥/١٥ فى القضية رقم ١٨ لسنة ١٠ قضائية «دستورية» ونشر بالجريدة الرسمية العدد ٢٣ (تابع) فى ١٩٩٣/٦/١٠.

وحكمها الثانى صادر بتاريخ ١٩٩٣/٦/١٩ فى القضية رقم ٩ لسنة ١١ قضائية «دستورية» ونشر الحكم بالجريدة الرسمية العدد ٢٧ (تابع) فى ٨ يولية سنة ١٩٩٣.

وننشر الحكمين سالفى الذكر فيما يأتى:

الحكم الأول :

من حيث إن المادة ١٨ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ تنص على أن « الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها ولابسبب من قبلها ، تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل، وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية ، ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط».

وحيث إن المدعى ينعى على هذا النص مخالفته حكم المادة الثانية من الدستور التى تقضى بأن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع بمقولة أن المتعة لاتستحق إلا للزوجة غير المدخول بها، كما أن تقريرها يقيد الحق فى الطلاق المعتبر خالصا للزوج.

وحيث إن هذا النعى مردود أولا بأن ما نص عليه الدستور فى مادته الثانية بعد تعديلها- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- من سريان حكمها على التشريعات الصادرة بعد العمل بها، ومن بينها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - مؤداه أنه لايجوز لنص تشريعى أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها ، فهذه الأحكام وحدها هى التى لايجوز الاجتهاد فيها، وهى تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التى لاتحتمل تأويلا أوتبديلا من غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعا لتغيير الزمان والمكان، إذ هى عصية على التعديل ولايجوز الخروج عليها، وتقتصر ولاية المحكمة الدستورية العليا فى شأنها على مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها، ذلك أن المادة الثانية من الدستور تقدم على هذه القواعد ، أحكام الشريعة الإسلامية فى أصولها ومبادئها الكلية ، إذ هى اطارها العام وركائزها الثابتة التى تفرض متطلباتها دوما بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها ، وإلا اعتبر تشبها وإهدار لما علم من الدين بالضرورة، على خلاف هذا، الأحكام الظنية سواء فى ثبوتها أودلالتها أو فيهما معا، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولاتمتد إلى سواها ، وهى بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها ، ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيما لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعا ، وعلى أن يكون هذا الاجتهاد واقعا فى إطار الأصول الكلية للشريعة الإسلامية بما لايجاوزها ، مقيما الأحكام العملية بالاعتماد فى استنباطها على الأدلة الشرعية، متوخيا من خلالها تحقيق المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من صون الدين والنفس والعقل والعرض والمال ، ومردود ثانيا بأن الأصل فى تشريع المتعة هو النصوص القرآنية التى تعددت مواضعها ، منها قوله تعالى» وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين« التى نحا الشافعى فى أحد قوليه وكذلك الظاهرية إلى وجوبها ، وأيدهم فى ذلك آخرون باعتبار أن « حقا» صفة لقوله تعالى « متاعا» وذلك أدخل لتوكيد الأمر بها، هذا بالإضافة إلى أن عموم خطابها مؤداه عدم جواز تخصيص حكمها بغير دليل ، وسريانه على كل مطلقة سواء كان طلاقها

قبل الدخول بها أم بعده، فرض لها مطلقها مهرا أم كان غير مفروض لها، وجمهور الفقهاء على استحبابها بمقولة افتقارها إلى أمر صريح بها كذلك فإن تقرير المتعة وجوبا أظهر فى آية أخرى إذ يقول تعالى فى المطلقة غير المفروض لها ولا مدخول بها «ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين» بمعنى أعطوهن شيئا يكون متاعا لهن، فالأمر بالإمتاع فيها ظاهر، واضافة الإمتاع إليهن تمليكا- عند من يقولون بوجوبها- لاشبهة فيه- وانصرافها إلى المتقين والمحسنين لايدل على تعلقها بهم دون سواهم ، بل هو توكيد لإيجابها باعتبار أن الناس جميعا ملزمون بالامتثال إلى أمر الله تعالى، وعدم الانزلاق فى معاصيه ، ومردود ثالثا بأن النص التشريعى المطعون فيه شرط لاستحقاق المتعة شرطين، أولهما أن تكون المرأة التى طلقها زوجها مدخولا بها فى زواج صحيح وثانيهما ألا يكون الطلاق برضاها أو من جهتها، وهما شرطان لاينافيان الشريعة الإسلامية سواء فى ركائزها أو مقاصدها ، ذلك أن تشريع المتعة يتوخى جبر خاطر المطلقة تطيبياً لنفسها، ولمواجهة إيحاشها بالطلاق ، ولأن مواساتها من المروءة التى تتطلبها الشريعة الإسلامية ، والتى دل العمل على تراخيها لاسيما بين زوجين انقطع حبل المودة بينهما، ولاكذلك المرأة التى تختار الطلاق أوتسعى إليه كالمختلعة والمبارئة ، أوالتى يكون الطلاق من قبلها بما يدل على أنه ناجم عن إساءتها أو عائد إلى ظلمها وسوء تصرفها إذ لايتصور- وقد تقررت المتعة رغم الطلاق- أن يكون امتناعها فى طلاق تم برضاها أو وقع بسبب من قبلها - جبرا لخاطرها ولا أن يصلها زوجها بمعونة مالية تزيد على نفقة العدة تخفيفا لآلامها الناجمة عن الفراق ، ومردود رابعا بأن الله تعالى ناط بعباده المتقين الذين يلتزمون بالتعاليم التى فرضها صونا لأنفسهم عن مخالفته بأن يقدموا لكل مطلقة متاعا يتمحض معروفا بما مؤداه استحقاقها الامتاع ولو كان ذلك بعد الدخول بها، يؤيد ذلك أن أمهات المؤمنين المدخول بهن هن اللاتى عنتهن الآية الكريمة التى

يقول فيها سبحانه « يا أيها النبى قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكم سراحا جميلا» . ومردود خامسا بأن ما قرره النص التشريعى المطعون فيه من أن المتعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وعلى ضوء ظروف الطلاق ومدة الزوجية مستلهما بذلك فى أسس تقديرها قوله تعالى « ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره» ومستبعدا بذلك الآراء التى تقيسها على المهر وتراعى فيهاحال الزوجة بالتالى، ومقررا حدا أدنى لها فى إطار التكافل الاجتماعى لضمان ألا يقل ما يعود على المرأة منها عما قدره ولى الأمر لازما لتمتيعها بعد طلاقها دون رضاها، ومن غير جهتها، ذلك أن غربتها بالطلاق تؤلمها وتمزق سكينتها، وقد تعرضها لمخاطر تفوق طاقة احتمالها، وغالبا ما يقترن طلاقها بالتناحر والتباغض وانقطاع العودة ، فحق ألا يكون أدناه متناهيا فى ضآلته صونا للحكمة من تشريعها لاسيما أن من الفقهاء من حدد أدنى ما يجزئ فيها ، ومنهم من حدد أرفعها أو أوسطها ، وليس فى النصوص القرآنية ما يفيد أن الله تعالى قد قدرها أو حددها بما مؤداه جواز تنظيمها بما يحقق للناس مصالحهم المعتبرة شرعا، ولئن كان النص التشريعى المطعون فيه لايورد حدا أقصى لتلك المعونة المالية التى يقدمها الرجل لمن طلقها، إلا أن ذلك أدخل إلى الملاءمة التى لاتمتد إليها الرقابة الدستورية، ولايجوز أن تخوض فيها لاسيما أن من الفقهاء من يقول بأنه ليس للمتعة حد معروف لا فى قليلها أوكثيرها، كذلك فإن أمر تقديرها فيما يجاوز حدها الأدنى موكول إلى المحكمة المختصة تجيل فيه بصرها معتمدة فى تحديد مبلغها على أسس موضوعية لاتفرضها تحكما أو إعناتا من بينها أن يكون هذا التحديد دائرا مع حال مطلقها يسرا وعسرا ، إذ هى متاع تقرر معروفا ولمصلحة لها اعتبارها ، والمتقون الممتثلون إلى الله تعالى الطامعون فى مرضاته مدعوون إليها. بل ومطالبون بها، باعتبارها أكفل للمودة ، وأدعى لنبذ الشقاق وإقامة العلائق البشرية على أساس من الحق والعدل كذلك فإن اعتداد النص التشريعى بمدة الزوجية وظروف الطلاق فى مجال تقدير المتعة الواجبة لايتوخى فرض قيود

غير مبررة على الحق فى الطلاق ، وإنما قصد المشرع- من إضافته هذين العنصرين إلى حالة المطلق يسرا وعسرا- أن تكون المعونة المالية التى تتبلور المتعة فى مبلغها واقعة قدر الإمكان بما لا إفراط فيه أوتفريط ، وهو ما يدخل فى نطاق السلطة التقديرية التى يملكها المشرع فى مجال تنظيم الحقوق بما لايناقض أحكام الدستور أو يخل بضوابطه.

لهذه الاسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى وبمصادرة الكفالة، وألزمت المدعى المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

امين السر **رئيس المحكمة**

الحكم الثاني

المحكمـــة

بعد الاطلاع على الاوراق والمداولة.

حيث أن الوقائع- على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الاوراق- تتحصل فى أن المدعى عليها الرابعة كانت قد أقامت الدعوى رقم ٩٨٦ لسنة ١٩٨٨- أحوال نفس كلى الاسكندرية- ضد المدعى طالبة الحكم لها بمتعة تقدر بنفقة خمس سنوات وبجلسة ١٩٨٩/١/٢٥ دفع المدعى بعدم دستورية المادة ١٨ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . فقررت المحكمة تأجيل نظر الدعوى لجلسة ١٩٨٩/٣/١ وصرحت له باتخاذ اجراءات الطعن بعدم الدستورية فأقام الدعوى الماثلة.

وحيث ان مبنى الطعن ما ينعاه المدعى على النص المطعون عليه مخالفته لنص المادة الثانية من الدستور، ولأحكام الشريعة الاسلامية على سند من أن المتعة لا تستحق للمطلقة الا بشروط ثلاثة هى ألا يسبق الاتفاق على مهرها

وألا يدخل زوجها بها، وألا يختلى بها خلوة صحيحة قبل طلاقها، هذا الى أن نفقة العدة هى المقصودة بالمتعة. وهى كذلك أجر لزواج محرم هو الزواج الموقوت، فضلا عن أنها تقيد الحق فى الطلاق المعتبر خالصا للزوج، ولا يعدو تقريرها أن يكون شرطا جزائيا مترتبا على ايقاع الطلاق فى ذاته وعقابا على استعماله، كما أن الشريعة الاسلامية لا تعرف حدا أدنى لها.

وحيث ان المادة ١٨ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ تنص على أن «الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح اذا طلقها زوجها بدون رضاها، ولا بسبب من قبلها، تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل، وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط».

وحيث ان النعى بمخالفة النص سالف البيان للدستور غير سديد، ذلك أن ما نص عليه الدستور فى مادته الثانية بعد تعديلها- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- من سريان حكمها على التشريعات الصادرة بعد العمل بها، ومن بينها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥- مؤداه أنه لا يجوز لنص تشريعى أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها، فهذه الأحكام وحدها هى التى لا يجوز الاجتهاد فيها، وهى تمثل من الشريعة الاسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التى لا تحتمل تأويلا أو تبديلا، ومن غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان، اذ هى عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها، وتقتصر ولاية المحكمة الدستورية العليا فى شأنها على مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها، وذلك أن المادة الثانية من الدستور تقدم على هذه القواعد، أحكام

الشريعة الاسلامية فى أصولها ومبادئها الكلية، اذ هى اطارها العام وركائزها الثابتة التى تفرض متطلباتها دوما بما يحول دون اقرار أية قاعدة قانونية على خلافها، وإلا أعتبر ذلك تشهياً واهدارا لمـا علم من الدين بالضرورة. وعلى خلاف هذا، الأحكام الظنية سواء فى ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معا، وذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد الى سواها. وهى تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيما لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعا، ولا بد أن يكون هذا الاجتهاد واقعا فى اطار الأصول الكلية للشريعة الاسلامية بما لا يجاوزها، مقيما الأحكام العملية بالاعتماد فى استنباطها على الأدلة الشرعية، متوخيا من خلالها تحقيق المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من صون الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

وحيث ان ما نعاه المدعى من مخالفة النص المطعون عليه لأحكام الشريعة الاسلامية مردود بأن أصل تشريع المتعة هو النصوص القرآنية التى تعددت مواضعها ، منها قوله تعالى ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين﴾ التى نحا الشافعى فى أحد قوليه وكذلك الظاهرية الى وجوبها، وأيدهم فى ذلك آخرون باعتبار أن ﴿حقا﴾ صفة لقوله تعالى ﴿متاعا﴾ وذلك أدخل لتوكيد الأمر بها، هذا بالاضافة الى أن عموم خطابها مؤداه عدم جواز تخصيص حكمها بغير دليل، وسريانها على كل مطلقة كان طلاقها قبل الدخول بها أم بعده، فرض لها مطلقها مهرا أم كان غير مفروض لها. وجماهير الفقهاء على استحبابها بـ مقولة افتقارها الى أمر صريح بها. كذلك فان تقرير المتعة وجوباً أظهر فى آية أخرى اذ يقول تعالى فى المطلقة غير المفروض لها مهر ولا مدخول بها ﴿ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين﴾ بمعنى أعطوهن شيئا يكون متاعاً لهن. والأمر بالامتاع فيها ظاهر، واضافة الامتاع اليهن تمليكا- عند من

يقولون بوجوبها- لا شبهة فيه، وانصرافها الى المتقين والمحسنين لا يدل على تعلقها بهم دون سواهم، بل هو توكيد لايجابها باعتبار أن الناس جميعها ملزمون بالامتثال الى أمر الله تعالى وعدم الانزلاق فى معاصيه وحيث ان البين من استقراء أقوال الفقهاء فى شأن دلالة النصوص القرآنية الواردة فى شأن «المتعة» أنهم مختلفون فى نطاق تطبيقها من ناحية، وفى وجوبها أو استحبابها من ناحية أخرى، وما ذلك الا لأن هذه النصوص ظنية فى دلالتها، غير مقطوع بمراد الله تعالى منها، وجاز لولى الأمر بالتالى الاجتهاد فيها تنظيما لأحكامها بنص تشريعى يقرر أصل الحق فيها، ويفصل شروط استحقاقها بما يوجد تطبيقها، ويقيم بنيانها على كلمة سواء ترفع نواحى الخلاف فيها ولا تعارض الشريعة فى أصولها الثابتة أو مبادئها الكلية.

وحيث ان النص التشريعى المطعون فيه شرط لاستحقاق المتعة شرطين:

(أولهما) أن تكون المرأة التى طلقها زوجها مدخولا بها فى زواج صحيح، **(وثانيهما)** الا يكون الطلاق برضاها أو من جهتها، وهما شرطان لا ينافيان الشريعة الاسلامية سواء فى ركائزها أو مقاصدها، وذلك أن تشريع المتعة يتوخى جبر خاطر المطلقة تطييبا لنفسها ولمواجهة ايحاشها بالطلاق، ولأن مواساتها من المروءة التى تتطلبها الشريعة الاسلامية، والتى دل العمل على تراخيها لا سيما بين زوجين انقطع حبل المودة بينهما، ولا كذلك المرأة التى تختار الطلاق أو تسعى اليه، كالمختلعة والمبارئة، أو التى يكون الطلاق من قبلها بما يدل على أنه ناجم عن اساءتها، أو عائد الى ظلمها وسوء تصرفها، اذ لا يتصور- وقد تقررت المتعة ازاء غم الطلاق- أن يكون امتاعها- فى طلاق تم برضاها أو وقع بسبب من قبلها- تطييبا لخاطرها، ولا أن يصلها مطلقها بمعونة مالية تزيد على نفقة العدة تخفيفا لآلامها الناجمة عن الفراق، وما قرره المدعى من أن المتعة لا تستحق

الا للمرأة غير المدخول بها قبل طلاقها، مردود بأن الله تعالى ناط بعباد المتقين الذين يلتزمون بالتعاليم التى فرضها صونا لأنفسهم عن مخالفته، بأن يقدموا لكل مطلقة متاعا يتمحض معروفا بما مؤداه استحقاقها الامتاع، ولو كان ذلك بعد الدخول بها كذلك فان أمهات المؤمنين المدخول بهن هن اللاتى عنتهن الآية الكريمة التى يقول فيها سبحانه وتعالى ﴿يا أيها النبى قل لأزواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلا﴾.

وحيث انه بالنسبة لما قرره النص التشريعى المطعون عليه من أن المتعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وعلى ضوء ظروف الطلاق ومدة الزوجية، فقد جاء النص مستلهما فى ذلك قوله تعالى ﴿ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾ ومستبعدا بذلك الآراء التى تقيسها على المهر وتراعى فيها حال الزوجة بالتالى، ومقرا حد أدنى لها فى اطار التكافل الاجتماعى لضمان ألا يقل ما يعود على المرأة منها عما قدره ولى الأمر لازما لتمتيعها بعد طلاقها دون رضاها، ومن غير جهتها، ذلك أن غربتها بالطلاق تؤلمها وتمزق سكينتها، وقد تعرضها لمخاطر تفوق طاقة احتمالها. وغالبا ما يقترن طلاقها بالتناحر والتباغض وانقطاع المودة، فحق ألا يكون أدناها متناهيا فى ضآلته صونا للحكمة من تشريعها لا سيما أن من الفقهاء من حدد حداً أدنى يجزىء فيها، ومنهم من حدد أرفعها وأوسطها، وليس فى النصوص القرآنية ما يفيد أن الله تعالى قد قدرها أو حددها، بما مؤداه جواز تنظيمها بما يحقق للناس مصالحهم المعتبرة شرعا. ولئن كان النص التشريعى المطعون عليه لا يورد حدا أقصى لتلك المعونة المالية التى يقدمها الرجل لمن طلقها، الا أن ذلك أدخل الى الملاءمة التى لا تمتد اليها الرقابة الدستورية، ولا يجوز أن تخوض فيها، لا سيما أن من الفقهاء من يقول بأنه ليس للمتعة عندهم حد معروف لا فى قليلها و كثيرها، كذلك

فان أمر تقديرها فيما يجاوز حدها الأدنى موكول الى المحكمة المختصة تجيل فيه بصرها معتمدة فى تحديد مبلغها على أسس موضوعية لا تفرضها تحكما أو اعناتا، من بينها أن يكون هذا التحديد دائرا مع حال مطلقها يسرا وعسرا، اذ هى متاع تقرر معروفا ولمصلحة لها اعتبارها، والمتقون الممتثلون لله تعالى الطامعون فى مرضاته مدعوون اليها، بل ومطالبون بها، باعتبارها أكفل للمودة، وأدعى لنبذ الشقاق واقامة العلائق البشرية على أساس من الحق والعدل، كذلك فان اعتداد النص التشريعى بمدة الزوجية فى مجال تقدير المتعة الواجبة، لا يتوخى فرض قيود غير مبررة على الحق فى الطلاق، وانما قصد المشرع - بإضافة هذين العنصرين الى حال المطلق يسرا وعسرا- أن تكون المعونة المالية التى تتبلور المتعة فى مبلغها، واقعية قدر الامكان بما لا افراط فيه أو تفريط، وهو ما يدخل فى نطاق السلطة التقديرية التى يملكها المشرع فى مجال تنظيم الحقوق بما لا يناقض أحكام الدستور أو يخل بضوابطه.

فلهــذه الاسبـــاب

حكمت المحكمة برفض الدعوى وبمصادرة الكفالة، وألزمت المدعى المصروفات ومبلغ مائه جنيه مقابل أتعاب المحاماة»

شروط استحقاق المتعة:

يسترط لاستحقاق المتعة توافر الشروط الآتية:

٢١٧- الشرط الأول: ان تكون الزوجة مدخولا بها فى زواج صحيح:

فالمتعة لا تجب الا لزوجة، فاذا كانت المرأة غير معقود عليها وفسخت خطبتها دون رضاها ولا بسبب من قبلها لا تستحق المتعة.

ويجب أن تكون الزوجية بناء على عقد زواج صحيح، فاذا كان عقد زواج المرأة باطلا أو فاسدا، ثم طلقت فلا تجب لها المتعة، ومثال ذلك أن يكون الزوجان أو أحدهما مجنوناً أو معتوها وباشر عقد الزواج بنفسه، أو كان الزواج باحدى المحارم، سواء كان الزوجان عالمين بالتحريم أم لا.

وفى هذا قضت محكمة شبين الكوم الابتدائية بتاريخ ١٩٨٦/١١/٢٩ فى الدعوى رقم ٣٦٠ لسنة ١٩٨٥ كلى نفس بأن :

«.. يشترط لاستحقاق المتعة أن يقوم الزوج بطلاق زوجته بارادته المنفردة.. وأن يكون الدخول فى عقد زواج صحيح فلا تستحق غير المدخول بها، والمدخول بها فى عقد فاسد المتعة ان وقع الطلاق بدون رضاها وبلا سبب من قبلها».

والمقصود بالدخول، الدخول الحقيقى، فلا تقوم الخلوة الصحية مقام الدخول الحقيقى فى استحقاق المتعة، لأن الخلوة الصحية فى المذهب الشافعى- المصدر التشريعى لأحكام المتعة- لا تتساوى مع الدخول فى تأكيد المهر(١).

ولم يتناول النص استحقاق المتعة فى الطلاق قبل الدخول، فيكون قد ترك حكم ذلك للمنصوص على فى المذهب الحنفى، وقد أشرنا اليه فيما تقدم.

٢١٨- الشرط الثانى: أن يطلق الرجل الزوجة:

يجب لاستحقاق المتعة أن يكون الزوج قد طلق زوجته.

وقد ذهب رأى فى المذهب الشافعى- المصدر التشريعى لأحكام المتعة- أن المتعة تجب فى الطلاق الرجعى وتتكرره بتكرره(٢). وعلى ذلك تكون المتعة واجبة فى الطلاق عامة، سواء كان رجعيا أو بائنا.

---

(١) مختصر المزنى طبعة دار المعرفة بيبروت ص١٨٣ وما بعدها- ومن هذا الرأى أحمد نصر الجندى فى الأحوال الشخصية ص٣٣٦، وعكس ذلك عبد الناصر العطار ص١٢٠ اذ يرى أن الطلاق بعد الخلوة يأخذ حكم الطلاق بعد الدخول لأنه حيث لا يوجد نص فى القانون يعمل بالراجح فى المذهب الحنفى وهو يسوى بين الاثنين فى تأكيد المهر.

(٢) الدكتور أحمد الغندور الطلاق فى الشريعة الاسلامية والقانون ص٧٥

وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض، إذ ذهبت إلى أن :

١- «ولما كان استحقاق المطلقة بعد الدخول للمتعة لا عبرة فيه ببقاء الملك وعدم زوال الحل خلال العدة من الطلاق الرجعى لأن ذلك انما تتعلق به حقوق وأحكام خاصة وليس منها متعة الزوجة وانما العبرة فى استحقاقها هى بالطلاق ذاته- أيا كان نوعه- باعتباره الواقعة القانونية المنشئة لالتزام الزوج بها. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وأقام قضاءه برفض الدعوى على قوله أنه: «وقد ثبت من الأوراق أن المستأنف (المطعون عليه) قد طلق المستأنف عليها باشهاد رسمى بتاريخ ١٩٧٩/٤/٥ . ولما كان القانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الموجب للمتعة قد نشر بالجريدة الرسمية فى ١٩٧٩/٦/٢١ وعمل به اعتبارا من اليوم التالى لنشره ومن ثم فان الواقعة المنشئة للالتزام بنفقة المتعة وهى واقعة الطلاق قد وقعت قبل صدور القانون المشار اليه، وكان هذا القانون ليس ذا أثر رجعى ومن ثم لا ينطبق على واقعة الدعوى الماثلة واذ خالف الحكم المستأنف هذا النظر وقضى بنفقة المتعة فانه يكون قد خالف صحيح القانون متعينا القضاء بالغائه ورفض الدعوى» فانه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا ويكون النعى على غير أساس» .

أما اذا ماتت الزوجة فلا متعة لها تورث عنها، لأن النكاح قد تم بالموت وبلغ منتهاه فلم تجب لها متعة.

(طعن رقم ٢٦ لسنة ٥٤ق-أحوال شخصية -جلسة ١٩٨٥/١/٢٩)

٢- « الواقعة المنشئة لا لتزام الزوج بالمتعة ، الطلاق أيا كان نوعه» .

(طعن رقم ٢٨٧ لسنة ٦٣ق- أحوال شخصية-جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٣)

(انظر أيضا البند التالى)

٢١٩- هل تجب المتعة بالطلاق الذى يوقعه القاضي؟

المقرر شرعا أن الطلاق حق الرجل، ويستقل بايقاعه بارادته المنفردة. أما اذا طلبت الزوجة من القاضى التطليق، فى حالات الضرر الذى يقع عليها من زوجها والذى يبرر لها التطليق، وأصدر القاضى حكمه بالتطليق، فان الحنفية يرون أن قضاء القاضى بالتطليق يضاف الى الزوج فكأن الزوج هو الذى أوقع الطلاق بنفسه، ومن ثم فان المطلقة تستحق المتعة اذا طلقت بحكم من القاضى، لأن لجوء الزوجة الى القاضى لتطليقها على زوجها بسبب مضارته لها وثبوت هذه المضارة فيه اكراه لها على طلب التطليق لتدفع الضرر عنها بما لا يتوافر فيه الرضا بالطلاق.

ومن أمثلة ذلك، أن يقضى للزوجة بالتطليق للضرر (م٦ مرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩) أو للزواج بأخرى (م١١ مكررا من المرسوم بقانون) أو لغياب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول (م١٢ من المرسوم بقانون) أو لحبس الزوج المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية م١٤من المرسوم بقانون) أو لاعساره (مادتان ٤، ٥ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠) أو للعيب المستحكم (م٩ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠).

وبالترتيب على ذلك قضى بأن:

١-« والنعى فى وجهه الثالث غير سديد ذلك أن المشرع الاسلامى جعل للرجل أن يوقع الطلاق ويستقل بايقاعه. فاذا تدخل القاضى فى الأحوال التى يكون فيها الحكم بتطليق الزوجة على زوجها فان فعله هذا- وعلى مذهب الحنفية- يضاف الى الزوج فكأنه طلقها بنفسه مما يستوى معه فى شأن استحقاق المتعة أن يكون الطلاق من نفس الزوج أو من القاضى نيابة عنه. ولا يغير من ذلك ما ورد فى نص المادة ١٨ مكررا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ باستحقاق الزوجة للمتعة من عبارة «اذا

طلقها زوجها» لأن هذه العبارة مقررة للوضع الشرعى من أن الطلاق ملك للزوج وحده دون سواه سواء استعمل حقه هذا بنفسه أو بمن ناب عنه نيابة شرعية مثل القاضى.

لما كان ذلك وكان لجوء الزوجة الى القاضى لتطليقها على زوجها بسبب مضارته لها وثبوت هذه المضارة فيه اكراه لها على طلب التطليق لتدفع الضرر عنها بما لا يتوافر به الرضا بالطلاق وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر واستخلص سائغا من الحكم بتطليق المطعون ضدها على الطاعن أن طلاقها وقع دون رضاها وليس بسبب من قبلها فانه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون».

(نقض طعن رقم ٤٠ لسنة ٥٤ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٩٨٧/٥/٢٦)

٢- «المتعة. استحقاق المطلقة لها سواء كان الطلاق من الزوج أو من القاضى نيابة عنه. علة ذلك»

(طعن رقم ١٧٧ لسنة ٥٩ق «أحوال شخصية »جلسة ١٩٩٢/٣/٢٤)

(طعن رقم ٢٣١ لسنة ٥٩ «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٢/١٢/١٥)

٣- «قضاء الحكم المطعون فيه باستحقاق المطعون ضدها للمتعة على سند من الحكم الصادر بتطليقها على الطاعن للضرر - وهى دعامة كافية لحمل قضائه - النعى على بينة المطعون ضدها- أيا كان وجه الرأى فيه - غير منتج»

(طعن رقم ١١٨ لسنة ٦٠ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٣/١٢/٢٨)

٤- « المتعة-استحقاق المطلقة لها سواء كان الطلاق من الزوج أو من القاضى نيابة عنه. علة ذلك. لجوء الزوجة إلى القاضى لتطليقها على زوجها بسبب مضارته لها. لايتوافر به الرضا بالطلاق . علة ذلك» .

(طعن رقم ٦ لسنة ٦٣ ق-أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٧/٣/١٠)

٥- « المتعة استحقاق المطلقة لها سواء كان الطلاق من الزوج أو من القاضى نيابة عنه .علة ذلك» .

(طعن رقم ٣٩ لسنة ٦٣-أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٧/١/٢٧)

(طعن رقم ٨٤ لسنة ٦٣ ق - أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٧/١/٢٨)

(طعن رقم ٢٢٦ لسنة ٦٥ ق- أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٧/٥/٢٦)

٦- « المتعة استحقاق المطلقة لها سواء كان الطلاق من الزوج أو من القاضى نيابة عنه. علة ذلك. لجوء الزوجة إلى القاضى لتطليقها على زوجها بسبب مضارته لها. لايتوافر به الرضا بالطلاق. علة ذلك» .

(طعن رقم ٢٣٥ لسنة ٦٣ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٨/٢/٢٤)

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٦٤ ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٨/٦/٢٢)

(طعن رقم ٢٨٧لسنة ٦٣ ق-أحوال شخصية-جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٣)

٧- «وحيث أنه عن موضوع الاستئناف رقم ٣١ لسنة ٦ق أحوال شخصية قنا «أسوان» مبنى على أسبابه فمردود بأن المشرع الاسلامى جعل للرجل أن يوقع الطلاق ويستقل بايقاعه فاذا تدخل القاضى فى الأحوال التى يكون فيها الحكم بتطليق الزوجة على زوجها فان فعله هذا وعلى

مذهب الحنفية يضاف الى الزوج فكأنه طلقها بنفسه مما يستوى فى شأن استحقاق المتعة أن يكون الطلاق من نفس الزوج أو من القاضى نيابة عنه ولا يغير من ذلك ما ورد فى نص المادة ١٨ مكررا من القانون ١٩٢٩/٢٥ باستحقاق الزوجة للمتعة من عبارة «اذا طلقها زوجها» لأن هذه العبارة مقررة للوضع التشرعى من أن الطلاق ملك الزوج وحده دون سواه سواء استعمل حقه أو لمن ناب عنه نيابة شرعية مثل القاضى ولجوء الزوجة الى القاضى لتطليقها على زوجها بسبب إضراره بها وثبوت هذا الضرر فيه اكراه لها على طلب الطلاق لتدفع الضرر عنها بما لايتوافر فيه الرضا بالطلاق مما تتوافر معه شرائط استحقاقها للمتعة، واذا اعتنق الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى للمستأنفة بالمتعة فانه يكون قد أصاب صحيح القانون الأمر الذى يتعين معه رفض الاستئناف».

(استئناف قنا «مأمورية اسوان» - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦ - الدعوى رقم ٣١ لسنة ٦ق أحوال شخصية نفس).

٨- « المقرر وفقا لما يجرى به حكم المادة ١٨ مكررا من ق ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ٠٠٠ وحيث أنه لما كان ماتقدم وبالبناء عليه وكان الثابت من أوراق الدعوى وما قدم بها من مستندات أن المدعى عليه كان زوجا للمدعية بصحيح العقد الشرعى ثم طلقت منه بمقتضى الحكم الصادر فى الدعوى ٢٠٧ لسنة ١٩٨٥ أحوال شخصية نفس كل شبين الكوم لزواجه بأخرى ومن ثم فانها تأخذ من ذلك الحكم قرينة على وقوع الطلاق دون رضاها وبسبب ليس من قبلها اذ أن سبب ذلك هو اقتران المدعى عليه بغيرها الأمر الذى ترى معه المحكمة أن الدعوى قد صادفت صحيح الواقع والتزمت حكم القانون وتكون الطلبات المطروحة تبعا لذلك جديرة بالقبول وهو ما تقتضى به المحكمة».

(شبين الكوم الابتدائية - جلسة ١٩٨٦/١١/٢٩- الدعوى رقم ٣١٠ لسنة ١٩٨٦)[(١)]

ويأخذ حكم تطليق القاضي، الفرقة التي ليست بطلاق اذا كانت بسبب من جهة أجنبي، كالرضاع بمعنى أن يثبت بشهادة غير الزوجة أنها محرمة على الزوج بسبب الرضاع، أو بسبب من جهة الزوج كالاسلام والردة واللعان، لأنها فرقة حصلت من جهته فأشبهت الطلاق. وهذا هو المنصوص عليه في المذهب الشافعي الجديد[(٢)] .

---

(١)وقد ذهبت محكمة النقض قبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ في صدد التطليق في الحالات التي جب فيها بعث حكمين إلى أن :

١- « مفاد نص المادة العاشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن التطليق في الحالات التي يجب فيها بعث حكمين لا يكون ببدل إلا إذاكانت الإساءة من جانب الزوجة أو كانت الإساءة مشتركة بين الزوجين ، ولا محل لإلزام الزوج ببدل إذا كانت الإساءة كلها من جانبه ، إذا أن التطليق في هذه الحالة لايمس حقوق الزوجة المترتبة على الزواج أو التطليق ، فلها أن تطالب بهذه الحقوق ومنها المتعة بدعوى مستقلة».

(طعن رقم ٢٢٦ لسنة ٦٥ق- أحوال شخصية جلسة ١٩٩٧/٥/٢٦)

٢- «التطليق بدون بدل لايدل بذاته على أن التطليق كان برضاء الزوجة أو بسبب من قبلها لماكان ذلك وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى رفض دعوى المتعة على سند من أنه قضى بتطليق الطاعنة من المطعون ضده بدون بدل مما يعد رضاء منها بالتطليق وتنتفي معه شروط استحقاقها للمتعة، فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما جره إلى الفساد في الاستدلال».

(طعن رقم ٢٢٦ لسنة ٦٥ق- أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٧/٥/٢٦)

(٢) الدكتور محمد بلتاجي ص١٦٠ - وعكس ذلك عبد الناصر العطار ص١٣٠ اذ يرى أن النص صريح في أن المتعة تستحق للزوجة المدخول بها في زواج صحيح اذ طلقها زوجها بدون رضاها لا من حكم بطلاقها أو بفرقتها.

٢٢٠- الشرط الثالث: أن يكون الطلاق دون رضا الزوجة:

يشترط لاستحقاق المتعة أن يكون الطلاق دون رضا الزوجة، لأن الزوجة التى تختار الطلاق تكون غير نادمة عليه، ولا وحشة لديها من الفراق، كما أنها تضحى غير جديرة بمعونة الزوج لها، ومن ثم فلا تجب لها المتعة.

ورضا الزوجة بالطلاق يكون صراحة أو ضمنا.

والرضا الصريح يكون باظهار الزوجة له صراحة، أو باتفاقها مع الزوج على الطلاق.

والرضا الضمنى يتحقق بأى قول أو فعل يصدر من الزوجة ويدل على رضاها بالطلاق، وتستخلص المحكمة هذا الرضا من ظروف الطلاق وملابساته، ويخضع لتقدير قاضى الموضوع .

وتعبر الزوجة راضية بالطلاق، اذا كانت العصمة بيدها وأوقعت الطلاق، أو خالعت زوجها، أو طلقت منه على مال، أو طلقت منه على الابراء .

وحضور الزوجة مجلس الطلاق مجرد قرينة على رضاها بالطلاق ولكنها لاتكفى وحدها للتدليل على وقوع الطلاق برضاها .

وفى الوجه المقابل، يعتبر طلاق المرأة غيابيا مجرد قرينة على وقوع الطلاق بغير رضاها، ولكنها لاتكفى وحدها للتدليل على وقوع الطلاق بغير رضاها .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

١ - « وحيث أن النعى فى محله ذلك أنه - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أنه وان كان لاتثريب على محكمة الموضوع أن تأخذ فى معرض

الاثبات بالقرائن الا أن ذلك مشروط بأن تكون القرائن التى عولت عليها تؤدى الى ما انتهت اليه، وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بأن طلاقه للمطعون عليها كان بسبب من قبلها وقدم للتدليل على ذلك مستندات منها شهادة صادرة من قيادة شرطة التحقيقات الجنائية بدولة قطر تفيد ابعادها من هذه الدولة لأسباب تتعلق بالأمن العام. واذ لم تحقق محكمة الاستئناف دفاع الطاعن ولم تعرض لمستنداته المقدمة ودلالتها وأقامت قضاءها باستحقاق المطعون عليها للمتعة على مجرد وقوع الطلاق غيابيا وهو ما لا يكفى وحده لحمل قضائها مما يجيب الحكم المطعون فيه بالقصور ويتعين نقضه»[١].

(طعن رقم ٤ لسنة ٥٦ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٩)

٢- «من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة- أنه وإن كان لا تثريب على محكمة الموضوع أن تأخذ فى معرض الإثبات بالقرائن الا أن ذلك مشروط بأن تكون القرائن التى عولت عليها تؤدى إلى ما انتهت إليه، وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن طلاقه للمطعون ضدها كان بسبب من قبلها وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك. وإذ لم تحقق محكمة الاستئناف هذا الدفاع أقامت قضاءها باستحقاق المطعون ضدها للمتعة على مجرد وقوع الطلاق غيابيا وهو لا يكفى وحده لحمل قضائها مما يعيب الحكم المطعون فيه بالقصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع».

---

(١) وعكس ذلك نقض طعن رقم ٨٩ لسنة ٥٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩١/١/١٥ فقد ذهب إلى أن: «القضاء بفرض متعة للمطعون ضدها على ما استخلصه الحكم من إيقاع الطاعن طلاقا غيابيا قرينة على أن هذا الطلاق وقع بدون رضاها ولا بسبب من قبلها وعدم إقامة الطاعن الدليل على عكس ما استخلص الحكم - سائغ».

(طعن رقم ٥١ لسنة ٥٨ق «أحوال شخصية جلسة ١٩٩٠/٤/١٧)[1].

ولا يعتبر مجرد ترك الزوجة منزل الزوجية بذاته دليلا على رضاها بالطلاق ، أو على أن الطلاق بسبب من جانبها.

وقد أوضحت محكمة النقض ذلك فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٧/٦/٢٣ فى الطعن رقم ٣٥٤ لسنة ٦٣ ق- أحوال شخصية- والذى ذهبت فيه إلى أن :

« مجرد ترك الزوجة منزل الزوجية لايؤثر فى استحقاق المتعة إذ لايفيد رضاها بالطلاق كما لايدل على أنه كان بسبب من جانبها إلا إذاكان هذا الترك هو السبب المباشر الذى أدى إلى فصم عرى الزوجية وهو ماتستقل بتقديره محكمة الموضوع فى حدود سلطتها التقديرية ولا رقابة عليها فى ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لهامعينها من الأوراق .

---

(١) والمذهب الشافعى لا يشترط لوجوب المتعة أن يكون الطلاق برضا الزوجة، ولذلك فالمتعة فيه تستحق للزوجة المختلعة والمملكة استنادا الى أن الزوج ملكها الطلاق فكأن الطلاق وقع منه (الأم - المجلد٤- الجزء ٧- ص٢٥٥).

والمذهب المالكى هو الذى يوجب لاستحقاق المتعة الا يكون الطلاق برضا الزوجة، وهذا المذهب لا يوجب المتعة للمطلقة المدخول بها وانما يرى أنها مستحبة أو واجبة ديانة فقط.

فقد جاء بالمدونة الكبرى جـ٥ ص١٤ ما يأتى :

«ورأى أهل العلم فى المفتدية والمصالحة والمبارئة حين لم يطلقها الا على أن اعطته شيئا أو أبرائه فكأنها اشترت منه الطلاق وخرجت منه بالذى أعطته فلا يكون عليه لها المتاع لأنها ها هنا تعطيه وتغرم له فكيف ترجع فتأخذ منه».

٢٢١- الشرط الرابع : ألا يكون الطلاق بسبب من قبل الزوجة :

يشترط لاستحقاق المتعة ألا يكون الطلاق بسبب من قبل الزوجة، ذلك أن الزوجة التى تسببت فى وقوع الطلاق لا تكون نادمة عليه فلا تلحقها منه وحشة، كما أنها غير جديرة بمعونة الزوج لها، فلا تستحق المتعة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

«إن الحكم المطعون فيه قد حصل فهم الواقع فى الدعوى تحصيلا صحيحا ثم أنزل عليه حكم المادة ١٨ مكررا من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الذى أعطى الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح. إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها- الحق فى المتعة فإن النعى عليه بهذا السبب يكون على غير أساس»

(طعن رقم ٥١ لسنة ٥٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٠/٤/١٧)

ومن أمثلة الطلاق الذى يكون بسبب من قبل الزوجة ما يأتى :

١- اعوجاج سلوك الزوجة وسوء خلقها مما ألجأ الزوج الى طلاقها.

٢- أن تكون الفرقة التى ليست بطلاق، من جهة الزوجة كالردة أو اباء الاسلام.

وقد ذهبت محكمة النقض بأن ترك الزوجة منزل الزوجية غير مؤثر فى طلب المتعة.

اذ قضت بجلسة ١٩٨٨/٢/٢٣ فى الطعن رقم ٥٥ لسنة ٥٦ق «احوال شخصية»- غير منشور - بأن :

«وحيث أن هذا النعى مردود ذلك أن الدفاع الذى تلتزم محكمة الموضوع بتحقيقه أو الرد عليه هو الدفاع الجوهرى المنتج فى الدعوى واذ كان ما ذكره الطاعن بسبب النعى من أن المطعون ضدها هى التى تركت منزل الزوجية غير مؤثر فى طلب المتعة الذى يقوم على تطليق الزوج زوجته بدون رضاها ولا بسبب من قبلها، فلا على المحكمة ان هى التفتت عن هذا الدفاع، ويكون النعى بهذا السبب على غير أساس».

وهذا القضاء محل نظر لأنه إذا كان ترك الزوجة لمنزل الزوجية بدون سبب يرجع إلى الزوج وطلقها الزوج لرفضها الاستمرار فى معاشرته فإن الطلاق يكون بسبب من قبلها.

٢٢٢- اثبات حصول الطلاق دون رضا الزوجة ولا بسبب من قبلها :

أوضحنا سلفا أن ضمن شروط استحقاق المتعة حصول الطلاق دون رضا الزوجة ولا بسبب من قبلها، ومن ثم فانه يقع على عاتق المطلقة عبء اثبات توافر هذين الشرطين باعتبارها مدعية فى دعوى المتعة.

ويجوز لها اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات الشرعية بما فيها البينة والقرائن.

ونصاب البينة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين

ويخضع تقدير توافر هذين الشرطين للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع.

وترتيبا على ما تقدم قضى بأن :

١ - «اذا كان لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تقدير أدلة الدعوى والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن اليه منها واستخلاص ما تقتنع به ما دامت تقيم حكمها على أسباب سائغة تؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها، وكان الحكم المطعون فيه بعد أن عرض للمستندات التى قدمها الطرفان وأقوال شهودهما قد أقام قضاءه بفرض متعة للمطعون عليها على ما استخلصه من أقوال شاهديها من أن طلاقها تم بدون رضاها ولا بسبب من قبلها وهو استخلاص موضوعى سائغ مما له أصله الثابت فى الأوراق ويؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها، فانه لا يعيبه بعد ذلك ان هو اطرح ما قد يكون لمستندات الطاعن من دلالة مخالفة ما دام فى قيام الحقيقة التى اقتنع بها وأورد دليلها الرد الضمنى المسقط لها».

(نقض- طعن رقم ٥٨ لسنة ٥٥ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٣).

٢- « مفاد نص المادة ١٨ مكررا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أن المشرع اشترط للحكم بالمتعة للمطلقة أن تثبت أن الطلاق وقع دون رضاها وبغير سبب من قبلها ، وعملا بنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وفقا لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة فإن إثبات ذلك بالبينة الشرعية يتحقق بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين».

(طعن رقم ٧٠٤ لسنة ٦٧ ق- أحوال شخصية -جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

٣- « وحيث أنه عما نعاه المستأنف بالسبب الثانى فهو صحيح ذلك أنه لما كان من المقرر أن لمحكمة الاستئناف أن تعتمد على التحقيق الذى أجرته محكمة الدرجة الأولى اذا رأت أنه حقق الغاية منه، وأن فيه ما يكفى لتكوين عقيدتها وذلك دون أن تلتزم باجراء تحقيق جديد، ولها فى هذا الخصوص أن تذهب فى تقدير أقوال الشهود مذهبا مخالفا لتقدير محكمة أول درجة، ولا يكون عليها فى هذا الحال أن تبين الأسباب الداعية لذلك- وحسبها أن تقيم قضاءها على ما يحمله فلا يعيب حكمها أن تستخلص من أقوال الشهود ما اطمأنت اليه ولو كان مخالفا لما استخلصته محكمة الدرجة الأولى التى سمعتهم، وإذ كان ذلك وكانت المحكمة تطمئن الى أقوال شاهدى المستأنف الذين سمعتهم محكمة الدرجة الأولى وتستخلص منها أن الطلاق كان بسبب المستأنف ضدها ورغبتها فى الانفصال عن المستأنف، هذا فضلا عن أن شاهديها قد قررا أنهما لا يعرفان سببا للطلاق- الأمر الذى يتخلف معه استحقاقها للمتعة المنصوص عليها فى المادة ١٨ مكررا من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥»[١].

(استئناف قنا - الدعوى رقم ١٤٥ لسنة ٥ق «أحوال شخصية»- جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٤)

---

(١) وقد قضى بأن:

«عدم استئناف الطاعن الحكم بفرض متعة للمطعون ضدها ومعارضته فى الحكم الاستئنافى. حيازة حكم محكمة أول درجة حجية الشيء المقضى به فى شأن موجب استحقاق المتعة. النعى على الحكم المطعون فيه فى هذا الشأن - أيا كان وجه الرأى فيه - غير منتج».

(نقض طعن رقم ٧١ لسنة ٥٧ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٢/١/٢١).

٢٢٣- تقدير المتعة :

نصت المادة على أن الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح اذا طلقها زوجها... تستحق فوق نفقة عدتها متعة «تقدر بنفقة سنتين على الأقل».

ومفاد ذلك أن المادة وضعت حدا أدنى للمتعة هو نفقة المطلقة لمدة سنتين، أيا كانت مدة الزوجية- ولو دامت يوما واحدا – أو ظروف الطلاق.

فاذا قضت المحكمة بمتعة تقل عن هذا القدر كان حكمها مشوبا بالخطأ فى تطبيق القانون.

ويبدو أن الشارع راعى فى وضع حد أدنى للمتعة جانب التضامن الاجتماعى فى المتعة فأراد أن يضمن للمطلقة حدا أدنى كافيا من المعونة المادية تعينها على نتائج الطلاق، فضلا عن أن ذلك ما يتمشى مع احترام الدولة فى جميع قوانينها الحد الأدنى للمعيشة(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- « المتعة. استقلال محكمة الموضوع بتقديرها دون رقابة محكمة النقض. شرطه. ألاينزل الحكم بها عن الحد الأدنى المقرر بنفقة سنتين على الأقل بمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية».

(طعن رقم ٦ لسنة ٦٣ ق- أحوال شخصية -جلسة ١٩٩٧/٣/١٠)

٢- « تقدير المتعة. متروك لمطلق تقدير محكمة الموضوع. شرطه. ألاينزل الحكم بها عن الحد الأدنى المقرر بنفقة سنتين على الأقل» .

(طعن رقم٢٧١لسنة٦٣ق-أحوال شخصية-جلسة١٩٩٧/٦/٣٠)

---

(١) أنظر تصريح رئيس مجلس الشعب أثناء مناقشة المادة بالمجلس المنشور بالهامش التالى:

ولم تضع المادة حدا أقصى للمتعة، ومن ثم فانها تكون قد أطلقت الحد الأقصى لها، وتركت لقاضى الموضوع بماله من سلطة تقديرية فرض المتعة التى يراها مناسبة على ضوء المعايير المنصوص عليها بها.

وقد اقترح بعض أعضاء مجلس الشعب حال مناقشة المادة بالمجلس عدم وضع حد أدنى المتعة، كما اقترح البعض وضع حد أقصى لها بأربع أو خمس سنوات، ولكن المجلس رفض الاقتراحين[1].

---

(١) ونورد فيما يلى المناقشات التى درات بمجلس الشعب حول المادة:

السيد العضو محمد محفوظ حلمى:

بسم الله الرحمن الرحيم

السيد الدكتور رئيس المجلس، الاخوة والاخوات أعضاء المجلس:

يعيب هذه المادة عدم تحديد الحد الأقصى لنفقة المتعة، فالمتعة كما هى مقررة فى كتاب الله تبارك وتعالى قال سبحانه وتعالى:﴿لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين﴾.

(صدق الله العظيم)

وواضح من هذه الآية أن هذه الزوجة لم يدخل بها ولم تأخذ مهرا، فلها متعة فى هذا النص، فى نهاية آيات الطلاق بسورة البقرة أخذ كثير من السادة العلماء باطلاق المتعة، فقد جاء بالقرآن:

﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين﴾.

اذن فوجه اعتراضى أن نص المادة أطلق الحد الأقصى لنفقة المتعة وجعله لا نهائيا، وهذا الاطلاق يوقع القضاة فى حيرة بالغة ويفتح الباب لاختلاف الأحكام القضائية اختلافا بينا، ويجدر بالمشرع ألا يغفل احتمال حدوث هذا الوضع عند اعداده للتشريع فقد يحكم قاضى بنفقة لمدة عشر سنوات وقاضى ثان يحكم بنفقة لمدة عشرين عاما، وقد يحكم قاض ثالث بالحد الأدنى ولا

....

يزيد عليه، كل ذلك قد يحدث وقد تكون ظروف النساء المحكوم لهن واحدة وكذلك النص المستند اليه فى اصدار الأحكام واحد، ثم ان الآيات القرآنية...

رئيس المجلس:

ان الظروف قد لا تكون واحدة فقد تكون الزوجة شابة أو عجوزا، وهذه ظروفها تختلف عن الأخرى.

السيد العضو محمد محفوظ حلمى:

إن الآيات القرآنية تتحدث عن المتعة بالمعروف، وانقسم العلماء بالنسبة للمتعة بين قائل بالوجوب وقائل بالاستحباب، فالآيات القرآنية تقيد المتعة بكونها بالمعروف، وانى أقول أين هذا المعروف فى اطلاق النص الذى لا يجعل لمقدار المتعة حدا ينضبط به فرضها.

رئيس المجلس:

ان المعروف يكون فى مجمع يأخذ بالمعروف.

السيد العضو محمد محفوظ حلمى :

نعم، المهم كما حددنا الحد الأدنى لنفقة المتعة فإننى أرجو أن نحدد الحد الأقصى لأن هذا ييسر للقضاة استعمال النص حتى لا تتضارب الأحكام على النحو الذى أسلفت، لأنه قد يحكم لزوجة بنفقة سنتين، ويحكم لأخرى بعشرين سنة.

رئيس المجلس:

ما المدة التى تحددها للحد الأقصى لنفقة المتعة ؟

السيد العضو محمد محفوظ حلمى :

اننى اقترح- وهذا متروك للاخوة أعضاء المجلس- أن يكون الحد الأدنى مدة سنتين والحد الأقصى مدة خمس سنوات، لأن المتعة كانت أصلا دون النفقة، وادخالها فى نص هذه المادة بنفقة ليس لى اعتراض عليه ولكن يجب مراعاة الظروف من الناحيتين وبالله التوفيق، وشكرا.

السيد العضو الدكتور عبد الغفار محمد عزيز :

ان ما يتعلق بالمتعة واختلاف وجهات النظر عند الائمة فيما يتعلق. بها، وكما

. . . .

سبق أن قال السيد المقرر انها رأى للامام الشافعى، فاننى أقول اننى أوافق عليها نظرا للظروف الاجتماعية = المحيطة بمجتمعنا، ولكنى أرى أن يحدد الحد الأقصى لأنه قد يصل الى عشرة أو خمسة عشر عـامـا.

ولذلك أقترح أن يكون الحد الأقصى أربع أو خمس سنوات على الأكثر لأنه ما دام هناك تحديد للحد الأدنى فيجب أن يكون هناك تحديد للحد الأقصى.

السيد العضو أحمد عبد الرحيم حمادى:

السيد الدكتور رئيس المجلس، السادة الأعضاء:

أعتقد أن الناحية الفقهية لا مجال للخوض فيها بعد أن بحثت، وقال مجمع البحوث الاسلامية رأيه فى أن هذا النص مع الأدلة القطعية فى الشريعة الاسلامية.

أما قضاة مصر فانهم قادرون على تحديد نفقة المتعة كما يقدرون التعويض ولا ينبغى أن يضع المجلس قيدا عليهم بل يترك لهم تقدير كل حالة وفق الظروف والملابسات، وشكرا.

السيد العضو محمد أبو سديرة :

السيد الدكتور رئيس المجلس، الاخوة الزملاء:

اننى اعتقد أن مدة الخمس السنوات هى مدة مناسبة، واذا لم نأخذ بهذه المدة فعلينا تركها دون تحديد حد أدنى أو أقصى لنفقة المتعة على ان يترك هذا التقدير للقاضى، واذا كان السيد العضو أحمد حمادى يقول أن مجمع البحوث الاسلامية قد وافق على تحديد حد أدنى للمتعة دون تحديد حد أقصى فان هذا لا يمنع من ترك تحديدها للقاضى دون تحديد حد أدنى لها.

السيد العضو توفيق زغلول :

اننى اتفق فيما قاله السيد العضو الدكتور عبد الغفار محمد عزيز من أنه ما دام قد ذكر حد أدنى لنفقة المتعة فلا بد أن يكون هناك حد أقصى لها فليس هناك فى المذاهب الفقهية ما يدل على مثل هذه الحدود بالنسبة لرأى مجمع البحوث الاسلامية فانه ناتج عن الاجتهاد.

....

لذلك يجب أن يكون الحد الأقصى لهذه النفقة بما لا يزيد على مدة خمس سنوات فهذا سيكون بمثابة اعطاء حد للقاضى يجب عليه الا يتعداه، وشكرا.

السيدة العضو عنايات أبو اليزيد :

رغم اننا كنا نود أن يترك هذا الأمر لتقدير القاضى ولكن ما دمنا نود تحديد حد أقصى فاننى أقترح أن تكون مدة النفقة مساوية- على الأقل- لمدة الزواج، فاذا كان قد تزوجها لمدة عشرين عاما فانها تستحق نفقة متعة عشرين عاما

(ضجــة)

رئيس المجلس :

على السيد العضو الشيخ عطية صقر أن يوضح لنا هل هذا النص كما ورد متفق مع الشريعة الاسلامية، فهل تحديد حد أدنى على الأقل لمدة سنتين وترك تحديد الحد الأقصى للقاضى متفق مع الشريعة الإسلامية؟

السيد العضو الشيخ عطية صقر :

كما قلت من قبل فهذه أمور اجتهادية، وفى الامكان ما دام قد حدث الخلاف أن تكون للسادة الأعضاء الحرية فى اختيار أى رأى مناسب للظروف الحاضرة.

المقـــــرر

ان نفقة المتعة المقررة فى هذا النص جاءت وفقا للمذهب الشافعى الذى اعتمد المشروع عليه، وقد قال المذهب الشافعى بأنه يجب أن يوضع حد أدنى لنفقة المتعة، على أن يترك الحد الأقصى لتقدير ولى الأمر، وهذا ما يجب أن سير عليه فى إطار هذه المـادة.

....

السيد العضو على ابراهيم سلامة :

أود أن يشرح لنا السيد المقرر ما قرره المذهب الحنفى فى هذا الشأن.

المقرر:

ان نفقة المتعة- كما قلت- مسألة اجتهادية وخلافية ولنا أن نأخذ برأى هذا ونطرح رأى ذلك، والمشرع باعتباره ولى أمر فى هذه القضية يأخذ بالرأى المناسب للظروف الاجتماعية، وكما قلت بالأمس فاننا نحتكم الى رأى مجمع البحوث الاسلامية فى نص ثم نأتى فى نص آخر ونعترض عليه.

رئيس المجلس :

هذا يعنى أننا سنستنير برأى مجمع البحوث الاسلامية.

المقـــرر :

ان مجمع البحوث الاسلامية وافق على هذا النص، واننى أقول هنا أننا حينما اخذنا بمذهب الشافعية أخذنا به جملة وتفصيلا، وأن المتعة واجبة فى هذه الحالة، ثم حددنا حداً أدنى لهذه المتعة تركنا الحد الأقصى لتقدير القاضى.

السيد العضو الدكتور عبد الأحد جمال الدين :

الواقع أننى غير متفهم للمنطق الذى يقوم انه اذا كان هناك حد أدنى فانه يجب أن يكون هناك حد أقصى، هذا أمر غير منطقى، وأننى أرى أن الحكمة من وضع حد أدنى هى ضمان القدر المتيقن العادل لتعويض الزوجة عما لحقها نتيجة طلاق دون سبب منها، أما الحد الأقصى فهو يدخل فى اطار السلطة التقديرية للقاضى، ويجب أن يطلق، لماذا؟ لأننا هنا لا نستطيع أن نضع قيدا أو تصورا معينا على ما سيحدث وعلى مقدار الضرر الذى حدث للزوجة، فهناك أوضاع معينة لابد أن تحكم القاضى عند تقديره لنفقة المتعة وهناك

....

حالة الزوج التى ذكرت فى القرآن الكريم بالنسبة لكونه مقتدرا من عدمه، وهناك أيضا حالة الزوجة نفسها وما اذا كانت لها مصادر أخرى للرزق وكذلك أولادها، فهذا كله يدخل فى التقدير، ذلك ان المجتمع الاسلامى يريد أن يضمن لكل إنسان الحياة المستقرة ويجب ألا تفاجىء الزوجة فى لحظة واحدة أنها متروكة فى الشارع دون ضمان، لذلك أرى أن يترك تقدير الحد الأقصى للقاضى وفقا لظروف كل حالة وشكرا.

السيد العضو الدكتور السيد على السيد:

السيد الدكتور رئيس المجلس، السادة الأعضاء:

نحن نرعى دائما المواءمة بين طرفى عقد الزواج اثناء مناقشتنا لهذا الموضوع، فنحن لا نريد أن نرجح طرفا على طرف، لا نريد أن نرغم طرفا على اتخاذ مسلك معين، كذلك لا نريد أن نغرى طرفا لاتخاذ مسلك آخر ضد الطرف الآخر، فنحن لا نريد للزوج أن يسرع فى الطلاق وأن يتريث قبل ايقاع الطلاق، فأرجو ألا نبالغ فى تقدير نفقة المتعة حتى لا يكون ذلك سببا أو وسيلة لاغراء البعض ويكون طلب الطلاق سهلا عند الزوجة، ونحن لا نريد أن نجعله سهلا ونريد للأسرة أن تستقر، والحقيقة أن جمهور الفقهاء قد أجمع على أن نفقة متعة المطلقات مستحبة، والرأى الذى أوجبها أحد قولى الشافعى، بمعنى أن هناك قولين : أحدهما يتفق فيه الشافعية مع الجمهور والآخر هو الذى أوجبها، لذلك اذا قررنا نفقة المتعة فيجب الا نبالغ فيها اعتدادا بالرأى الذى لم يوجبها، لذلك اقترح أن يكون هناك حد أقصى لنفقة المتعة.

. . . .

رئيس المجلس:

ان تحديد الحد الأقصى سوف يجعل القاضى يحكم به فى جميع القضايا، لذلك يجب أن يترك تقديره له.

السيد العضو الدكتور السيد على السيد :

الحقيقة أن العلاقة الزوجية أقدس وأكرم من أن نقول أن المتعة يعتد فيها بمدة الزوجية فان هذا ليس عقد عمل ويجب ألا يقارن به.

رئيس المجلس :

ان العلاقة الزوجية تقتضى أكثر.

السيد العضو الدكتور السيد على السيد :

أعتقد أن ذلك سيجعله مسألة مادية بحتة، وشكرا.

السيد العضو سعد شلبى:

ان الأصل فى هذه المادة أن الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح، تحدد الحد الأدنى لنفقة المتعة ولا تحدد الحد الأقصى وتتركه لتقدير القاضى، وطالما أنه قد ترك تحديد الحد الأقصى للقاضى، فلماذا نحدد الحد الأدنى ولا نتركه أيضا للقاضى، طالما أن القاضى سيراعى حالة الزوج ثراء ويسرا وفقرا، لذلك أقترح أن يكون نص المادة كما يلى :

«الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح اذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية».

أى دون تحديد للحد الأدنى أسوة بعدم تحديد الحد الأقصى ويترك للقاضى حرية تحديد ذلك وأرجو عرض هذا الأمر، وشكرا.

....

= رئيس المجلس :

لى كلمتان، الأولى : تتعلق بطبيعة العصر الذى نعيش فيه، وهو عصر يضمن لكل مواطن الحد الأدنى، حتى أن كل القوانين تعالج الحد الأدنى للمعيشة والحد الأدنى للأجور، ففيم التنكر فيما يتعلق بالزوجة لفكرة الحد الأدنى؟ وهناك الحد الأدنى للأجور والحد الأدنى للمعيشة، ونطالب الدولة فى جميع قوانينها أن تحترم الحد الأدنى للأجور والحد الأدنى للمعيشة، فالغاء الحد الأدنى هنا تنكر لمنطق العدل، وكيل بكيلين وهذا لا يصح أبدا.

والثانية : اذا سألنى سائل أن ألخص له جوهر الاسلام الاجتماعى، لقلت له أن الاسلام دين التكافل الاجتماعى، فباسم التكافل الاجتماعى لابد أن ننظر للزوجة التى خدمت زوجها وطلقها من غير سبب يعود اليها، ضعوا أمام أعينكم وأنتم تصوتون، أننا فى عصر يحرص على الحد الأدنى للأجـور والرواتب والمعيشة وأنكم تشرعون باسم دين التكافل الاجتماعى والله الموفـق.

السيد العضو حلمى عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة) :

ورد على لسان بعض السادة الأعضاء أن النفقة تقدر بيسر الزوجة وهذا خطأ.

رئيس المجلس :

ان المجلس لم يوافق على هذا الكلام.

السيد العضو حلمى عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة):

ان هذا الكلام يجب أن يرد عليه وأن يثبت ذلك فى المضبطة وهذا تسجيل للتاريخ خاصة أن ذلك مسألة فقهية بحتة.

رئيس المجلس :

تفضل بالرد، مع أنك تحدثت قبل ذلك فى هذه المادة.

....

السيد العضو حلمى عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة):

اننى لا أطلب الكلمة الا للرد على مسائل فقهية حتى لا يثبت فى مضبطة مجلس الشعب المصرى أن النفقة الشرعية تقدر بيسر الزوجة ونصمت على ذلك، فهذا خطأ ويحتاج الى تصحيح.

رئيس المجلس:

هل كل الوقائع التى تثبت فى المضبطة صواب ؟ .

السيد العضو حلمى عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة):

لا.. ولكن يجب أن نصوب الوقائع .

رئيس المجلس :

تفضل بالتصويب.

السيد العضو حلمى عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة):

إننا عندما نقرأ مضابط مجلس النواب فى الماضى ونرى فقهاء العصر يتناطحون بالآراء، والسيد الدكتور رئيس المجلس من الفقهاء ويقول ان فلانا قال كذا وفلانا رد عليه أما نحن هنا فى المجلس اذا ذكر رأى خاطىء ولم يرد عليه فهذا عيب فى حق المجلس.

رئيس المجلس :

أرجو السيد رئيس اللجنة أن يثبت ما هو صحيح.

السيد العضو حلمى عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة):

أريد أن أثبت أننا نخطىء اذا اعتبرنا أن النفقة عقوبة حتى نتقيد بحد أقصى، كما أريد أثبت أن النفقة تقدر بيسر الزوج وعسره ولا دخل ليسر الزوجة.

وأريد أن أثبت أيضا أنه لا تثريب على المشرع أن يعطى حدا أدنى تفسيرا بأنه تأمينات.

رئيس المجلس :

نحن نعرف ذلك ونقيس بمنطق العصر أيضا.

السيد العضو حلمى عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة):

إن حكمة النفقة فى المتعة هى ذات حكمتها فى العدة، ولكن اذا أخذنا بنفقة المتعة فاننا نقول أن الزوجة تستحق المتعة ولو شهر واحد من طلاقها تعسفا من الزوج، والمشرع يرى أن هناك حدا أدنى لمواجهة هذا الموقف ويترك الحد الأقصى للقاضى، هذا الذى يقال، انما عندما نسمع تحديد حد أدنى وحد أقصى للمتعة ويقاس بالأجور والتأمينات والعقوبة ، ولا يثبت رأى صحيح فى المضبطة، فهذا فى اعتقادى وضع غير صحيح فى حق المجلس، وشكرا.

رئيس المجلس :

يثبت ذلك فى المضبطة ويشكر السيد المستشار حلمى عبد الآخر على هذا التفسير.

والآن، أرى أن الموضوع قد استوفى بحثا، فهل توافقون حضراتكم على اقفال باب المناقشة فى هذه المادة؟

(موافقـــــة).

(مضبطة مجلس الشعب- الطبعة المؤقتة- الجلسة ٩٨ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥ ص٧ وما بعـدها).

ولما كانت المادة قد ربطت بين الحد الأدنى للمتعة وبين نفقة المطلقة فجعلت الحد الأدنى للمتعة مساويا لنفقة المطلقة لمدة سنتين على الأقل، فإن ذلك يوجب على المحكمة التى تنظر دعوى المتعة أن تستظهر مقدار نفقة المطلقة، وأن تضمن ذلك أسباب حكمها، سواء قدرت المتعة طبقا للحد الأدنى المفروض لها أو بما يزيد عليه، لأنه بغير ذلك لا يمكن مراقبة تطبيق المحكمة لما أوجبته المادة من حد أدنى للمتعة.

فاذا لم تستظهر المحكمة نفقة المطلقة أو لم تشر الى ذلك فى حكمها ثم قضت بالمتعة كان حكمها مشوبا بالقصور فى التسبيب بما يبطله.

واذا كان قد فرض للمطلقة نفقة زوجية أو نفقة عدة اتفاقا أو قضاء بموجب حكم نهائى قدرت المحكمة التى تنظر دعوى المتعة، متعة المطلقة على أساس هذه النفقة .

أما إذا تغير حال المطلق يسرا أو عسرا عند القضاء بالمتعة عنه وقت فرض النفقة فالمستفاد من قضاء محكمة النقض أن المتعة تزاد أوتقل حسبما طرأ على حالة المطلق.

إذ قضت بتاريخ ١٩٩٧/٣/١٠ فى الطعن رقم ٦ لسنة ٦٣ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٧/٣/١٠ بأن :

« الحكم بفرض قدر محدد من النفقة. اعتباره مصاحبا لحال المحكوم عليه يسرا وعسرا حتى يقوم الدليل على تبدل ظروف فرضها. قضاء الحكم المطعون فيه بمتعة قدرها بنفقة سنتين بمرعاة ظروف الطلاق ومدة الزوجية ويسار الطاعن استنادا لحكم النفقة النهائى. النعى عليه فى ذلك دون ادعاء تغير الظروف المصاحبة للحكم المذكور. جدل موضوعى . عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض ».

واذا كانت المطلقة قد أقامت دعواها بالنفقة دون أن يقضى فيها أو قضى فيها بحكم غير نهائى، جاز للمحكمة وقف دعوى المتعة حتى يقضى فى دعوى النفقة ويصبح هذا الحكم نهائيا فى الحالة الأولى، وحتى يصبح الحكم الصادر فيها نهائيا، فى الحالة الثانية، لأن الفصل فى دعوى النفقة يعد حينئذ مسألة أولية يتوقف عليها الفصل فى دعوى المتعة بالتطبيق لنص المادة ١٢٩ مرافعات.

كما يجوز للمحكمة أن تقوم هى بتقدير نفقة المطلقة على أساس حالة المطلق يسرا أو عسرا مهما كانت حالة المطلقة دون القضاء بوقف الدعوى.

واذا كانت المطلقة لم تطالب بنفقة عدتها أو تنازلت عنها، وجب على المحكمة التى تنظر دعوى المتعة أن تقدر نفقة للمطلقة على أساس حال

المطلق يسرا أو عسرا مهما كانت حالة المطلقة، ثم تبنى حكمها فى المتعة على أساس تقديرها للنفقة.

وغنى عن البيان أن النفقة التى تقدرها المحكمة تشمل النفقة بأنواعها المقررة قانونا[1].

وقد نصت المادة على أن المتعة تقدر «بمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية» فهى قد وضعت ثلاثة معايير يستعين بها القاضى فى تقدير بها القاضى متعة المطلقة هى :

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٩٣/٢/١٦ في الطعن رقم ٣٤ لسنة ٦٠ق «احوال شخصية» بأن :**

«العبرة فى تحديد طلبات الخصم هى بما يطلب الحكم له به، فالطلب هو الذى يحدد النزاع ويجب الرجوع إليه لمعرفة إن كان القاضى قد حكم فيما طلبه الخصوم أو تجاوزه أو أهمل بعضه. لما كان ذلك وكان البين من صحيفة الدعوى أن المطعون ضدها قد ضمنتها طلب الحكم بفرض متعة لها طبقا للقانون دون تحديدها بمبلغ معينة أو مدة معينة، واذ قضى لها الحكم المطعون فيه بمتعة تقدر بنفقة خمس سنوات، فلا يكون قد تجاوز ما طلبته المطعون ضدها ويكون قد التزم القانون، ولا ينال من ذلك ما أشارت إليه بصحيفة دعواها من أنها طالبت الطاعن وديا بمتعة لها سنتين قبل رفع دعواها»

١-حال المطلق يسرا وعسرا:

ومعنى ذلك أن العبرة فى تقدير المتعة بيسار المطلق واعساره مهما كانت حالة المطلقة، ويدخل فى يسار الزوج واعساره حالته الاجتماعية، وهذا المعيار هو ذاته الذى تقدر على أساسه نفقة المطلقة. (م١٦ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل). وهذا أمر طبيعى طالما أن المادة ربطت بين الحد الأدنى للمتعة ونفقة المطلقة على نحو ما سلف.

ويترتب على ذلك أنه يجب ألا تقل النفقة التى تقدر المحكمة على أساسها المتعة- فى حالة العسر- عن القدر الذى يفى بحاجة المطلقة الضرورية (م١٦من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل).

٢- ظروف الطلاق :

وهذا يقتضى من المحكمة التى تنظر دعوى المتعة معرفة أسباب الطلاق وملابساته، للوقوف عما اذا كان الزوج قد استعمل حق الطلاق فى موضعه ولم يكن متعسفا فى استعماله أم أنه غير ذلك، لأن تعسف الزوج فى استعمال حق الطلاق مبرر لزيادة المتعة.

٣- مدة الزوجية :

ذلك أنه اذا كانت مدة الزوجية طويلة كان ذلك مبررا لزيادة المتعة على نقيض ما اذا كانت قصيرة. ويتصل بهذا المعيار ما اذا كانت الزوجة شابة أو عجوزا، اذ تزيد المتعة فى الحالة الأولى وتقل فى الثانية.

ومع تقديرنا للاعتبارات التى حدت بالشارع الى وضع حد أدنى للمتعة، الا أنه كان يحسن عدم وضع حد أدنى لها، لما يترتب على هذا الحد الأدنى فى بعض الحالات من الاجحاف بالمطلق، وعلى سبيل المثال، فقد لا تستمر العشرة بين الزوجين سوى بضعة أيام أو أسابيع ثم يتبين الزوج وجود تنافر بينه وبين الزوجة فى العادات والطباع فيطلقها دون أن تكشف ظروف الطلاق عن

وجود ثمة تعسف من جانبه، ومع هذا يجد الزوج نفسه ملزما بالحد الأدنى للمتعة بالاضافة الى المهر الذى تحمله كاملا، وما يلزم به من نفقة العدة.

وازاء عدم وضع المشرع حدا أقصى للمتعة، فانه على ضوء الاقتراحات التى قدمت من أعضاء مجلس الشعب حال مناقشة المادة لوضع حد أقصى للمتعة، وعلى ضوء حكمة تشريع المتعة التى أوضحناها فيما سلف، وحتى لا تنقلب المتعة الى معاش شبه دائم للمطلقة، فإننا نقترح أن يكون الحد الأقصى للمتعة نفقة المطلقة لمدة خمس سنوات.

٢٢٤- الترخيص بسداد المتعة علي اقساط:

أجازت المادة للقاضى أن يرخص للمطلق فى سداد متعة المطلقة على أقساط.

وهذا الترخيص يصدر فى الحكم القاضى بالمتعة، وبناء على طلب المطلق، فلا ترخص به المحكمة من تلقاء نفسها.

واذا طلب المطلق الترخيص له فى سداد المتعة على أقساط، فان القاضى ليس ملزما باجابته الى طلبه، وانما يخضع هذا الطلب لمطلق تقدير القاضى على ضوء ما يراه من ظروف المطلق والمطلقة المالية والاجتماعية.

وقد جرى العمل عند الترخيص فى سداد المتعة على أقساط، أن تكون هذه الأقساط شهرية.

وفي هذا قضت محكمة النقض- دائرة الاحوال الشخصية- بتاريخ ١٩٨٨/١٢/٢٠ في الطعن رقم ٧٥ لسنة ٥٦ق بأن:

«وحيث أن النعى بهذا السبب فى غير محله ذلك أنه لما كان النص فى المادة ١٨ مكررا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على «أن الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح اذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر

بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية» مفاده أن تقدير المتعةوتقسيط سداد ما هو محكوم به يدخل فى سلطة محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك طالما لم ينزل الحكم بها عن الحد الأدنى فى تقديرها بنفقة سنتين على الأقل. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه فيما قضى به من متعة للطاعنة وتقسيط سدادها قد التزم صحيح النظر المشار اليه فان النعى لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لاتجوز اثارته أمام هذه المحكمة».

وقد قصد من الترخيص للقاضى بتقسيط المتعة- على ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية للقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥- التخفيف على المطلق فى أداء المتعة.

وهذا التخفيف له ما يبرره، لأن المطلق قد يكون ملزما بأداء نفقة للمطلقة أو مؤخر صداق، فاذا أدى المتعة دفعة واحدة، كان ذلك عبئا يثقل كاهله.

وفى نظرنا أن الترخيص بسداد المتعة على أقساط يفيد المطلقة أيضا، لأن ذلك قد يحميها من سوء تدبيرها واسرافها فى انفاق المتعة اذا تقاضتها دفعة واحدة، أما اذا قبضتها مقسطة فانها تضمن لنفسها موردا ماليا متجددا لفترة معقولة.

٢٢٥ - *التكييف القانونى للمتعة :*

متعة المطلقة ليست نفقة، واطلاق اسم النفقة على المتعة خطأ شائع فقد ذكر الفقهاء أنواع النفقة وليست المتعة من بينها. وقد أفردها القرآن بتسمية خاصة فقال : ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين﴾[1].

---

(١) فتوى دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٨١/١١/١٩ فى الطلب رقم ٢٣١ لسنة ١٩٨١.

فنفقة المطلقة أحد مصطلحات المتعة الواردة بالنصوص الاسلامية الى جانب (متعة الحج)[١] و (متعة الزواج)[٢] وكلها يجمعها المعنى العام للتمتع على نحـــو مـــا.

ويترتب علي أن المتعة ليست نفقة ما يأتي:

١- أنه يجوز المطالبة بالمتعة فى أى وقت وتكون دعوى المطلقة مقبولة[٣].

فلا يسرى على دعوى المتعة قيد عدم سماع الدعوى المنصوص عليه فى الفقرة السابعة من المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (المعدل)، ومقتضاه عدم سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى. (راجع الكتاب الثانى بندى ١١٤، ١١٥).

وفي هذا قضت محكمة النقض- دائرة الأحوال الشخصية- بتاريخ ١٩٨٧/٥/٢٦ في الطعن رقم ٤٠ لسنة ٥٤ق بأن:

«... والأصل فى التشريع بها «المتعة» وعلى ما ورد بالمذكرة الايضاحية هو جبر خاطر المطلقة... وفيها ما يحقق المعونة التى تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق. لما كان ذلك، وكان النص فى المادة «١» من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ أنه «لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة

(١) احدى طرق الحج المشروعة وهى الاحرام بالعمرة فى أشهر الحج واذا أداها وتحلل منها تمتع بما كان محرما عليه من الطيب وغيره ثم أحرم بالحج.

ويلاحظ أن القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ لم ينص - كما كانت تنص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة فى المادة ٣٧٥ منها- على أن القضاه ممنوعون من سماع الدعوى التى نص على خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له فى علم إقامتها، وإنما اقتصرت المادة الثامنة من القانون على النص فى فقرتها الثانية على ألا تقبل دعوى الوقف أو الإرث عند لبعد مضى ثلاث وثلاثين سنة من وقت ثبوت الحق، إلا إذا قام عذر حال دون ذل

نهايتها تاريخ رفع الدعوى» هو نص- وعلى ما ورد بالمذكرة الايضاحية- خاص بنفقة الزوجة على زوجها لا يتعداه الى غير هذا من الحقوق، مما مقتضاه، عدم جواز اعمال هذا النص فى شأن المتعة واذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فى قضائه برفض الدفع بعدم الاختصاص النوعى وبعدم سماع الدعوى فانه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ... الخ».

٢- أنه لا يجوز تنفيذ الحكم الصادر بالمتعة على مرتبات وأجور ومستحقات العاملين طبقا للقواعد التى تنفذ بها أحكام النفقات.

(راجع فى التفصيل الكتاب الثانى موضوع رقم ٧).

٣- أنه لا يجوز استيفاء المقضى به للمتعة عن طريق بنك ناصر الاجتماعى كما هو الشأن بالنسبة للنفقات عملا بالمادة (٧٢) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.

(راجع فى التفصيل الكتاب الثانى بند ٢٢٠).

٤- أنه كان لا يجوز تنفيذ الحكم الصادر بالمتعة بطريق الحبس، كالشأن فى الأحكام الصادرة بالنفقات، وانما يجرى تنفيذه بطرق التنفيذ العادية.

وذلك قبل الغاء الحبس فى الأحكام الصادرة بالنفقات بموجب القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

٥- أن المتعة لا تسقط اذا عادت المطلقة الى عصمة زوجها بالمراجعة فى حالة الطلاق الرجعى أو بالعقد فى حالة الطلاق البائن، أو بزواجها من آخر.

٢٢٦ - المحكمة المختصة بنظر دعوى المتعة :

تختص نوعيا بنظر دعوى المتعة المحكمة الابتدائية عملا بالمادة العاشرة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات

التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية التى تنص على أن « تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التى لاتدخل فى اختصاص المحكمةالجزئية ، ودعاوى الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة عليه....... الخ» ، ذلك أن المادة التاسعة من القانون نصت على المسائل التى تختص المحكمة الجزئية بنظرها وليس من بينها دعوى المتعة ، ومعنى ذلك أنهاتدخل فى اختصاص المحكمة الابتدائية.

وتختص بنظر الدعوى محليا المحكمة التى يقع فى دائرتهاموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن فى مصر تختص المحكمة التى تقع فى دائرتها موطن المدعى.

وإذا تعدد المدعى عليهم ، كان الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم (م١٥).

والمعلوم أن الاختصاص النوعى مما يتعلق بالنظام العام. ويجب على المحكمة التصدى له من تلقاء نفسها ولو لم يكن مثار خلاف بين الخصوم.

أما الاختصاص المحلى فلا يتعلق بالنظام العام، ويجب على الخصم إبداء الدفع بعدم الاختصاص المحلى قبل إبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى أو دفع بعدم قبول وإلاسقط الحق فيه. ويسقط حق الطاعن فى هذا الدفع إذا لم يبده فى صحيفة الطعن (م ١/١٠٨ مرافعات) كما يجوز الاتفاق على مخالفة قواعد هذا الاختصاص .

أما قبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ فكان المعول عليه فى بيان قواعد الاختصاص النوعى فى مسائل الأحوال الشخصية ما ورد فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وذلك عملا بالمادة (٨) من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٩٥ بالغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية.

وقدنصت المادة ١٠/٦ من اللائحة المذكورة على اختصاص المحاكم الجزئية بالحكم فى المنازعات فى «... المواد المتعلقة بالزوجية غير ما سبق»، والمقصود بذلك المواد التى تكون الزوجية هى سبب الحق المدعى به، ومتعة المطلقة ليس سببها الزوجية وانما سببها الطلاق الذى تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها بالمادة ١٨ مكررا من الرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المعدل)، وبالتالى فان المتعة تخرج من عداد المواد المتعلقة بالزوجية المقصودة بالفقرة العاشرة من المادة السادسة سالفة الذكر.

ولما كانت المادة ١/٨ من اللائحة تنص على أن «تختص المحاكم الابتدائية «الشرعية» بالحكم الابتدائى فى المنازعات فى المواد«الشرعية» التى ليست من اختصاص المحاكم الجزئية بمقتضى نص المادتين الخامسة والسادسة»، وكانت المتعة ليست من المسائل المنصوص عليها بالمادتين المذكورتين، فان دعوى المتعة تضحى من اختصاص المحكمة الابتدائية. ويكون الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية قابلا للطعن فيه بالمعارضة والاستئناف طبقا للقواعد المنصوص عليها باللائحة.

أما الاختصاص المحلى بنظر دعوى المتعة، فكان ينعقد للمحكمة التى فى دائرتها محل اقامة المدعى عليه (المطلق)، فان لم يكن له محل اقامة كالرحل رفعت الدعوى أمام المحكمة التى فى دائرتها محل إقامة المدعية (المطلقة) (م٢١ من اللائحة).

وقد قضت محكمة النقض- دائرة الأحوال الشخصية- في هذا الشأن بأن:

١- «اذا كانت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية هى المرجع فى قواعد الاختصاص النوعى بمسائل الأحوال الشخصية طبقا لنص المادة ٨ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية، وكان النص فى المادة ١٠/٦ من اللائحة على اختصاص المحاكم الجزئية بالمنازعات فى «...المواد المتعلقة بالزوجية غير ما سبق» انما يقصد به المواد التى تكون الزوجية

هى سبب الحق المدعى به، وكان سبب الحق فى المتعة هو الطلاق المنصوص عليه فى المادة ١٨ مكررا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمضافة بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ فان المتعة بذلك تخرج من عداد المواد المتعلقة بالزوجية الواردة فى نص اللائحة المذكورة، لما كان ذلك وكانت المادة ١/٨ من اللائحة تعقد الاختصاص للمحاكم الابتدائية بالمنازعات التى ليست من اختصاص المحاكم الجزئية بمقتضى نص المادتين ٥، ٦ منها، وكانت المتعة ليست من المسائل المنصوص عليها فى هاتين المادتين فان الاختصاص بالدعوى بها يكون معقودا للمحكمة الابتدائية».

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٥٥ق- جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٣).

٢-«الاختصاص بنظر دعوى المتعة معقود للمحكمة الابتدائية لأن المتعة ليست من المسائل التى تختص بها المحكمة الجزئية والمنصوص عليها فى المادتين ٥، ٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ومنها نفقة الزوجة لاختلاف المتعة عنها اذ تستحق هذه النفقة مقابل احتباس الزوجة لها بينما سبب الحق فى المتعة هو الطلاق المنصوص عليه فى المادة ١٨ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ... الخ».

(طعن رقم ٤٠ لسنة ٥٤ق - جلسة ١٩٨٧/٥/٢٦)

٣- « المتعة . انعقاد الاختصاص بالدعوى بها للمحكمة الابتدائية. علة ذلك».

(طعن رقم ٢٨٧ لسنة ٦٣ق- أحوال شخصية -جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٣)

٢٢٧- نطاق سريان حكم متعة المطلقة المدخول بها من حيث الزمان :

ورد النص على استحقاق متعة المطلقة المدخول بها لأول مرة بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بالمادة (١٨ مكررا) التى أضافها الى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وهذه المادة مطابقة تماما لنص المادة

(١٨مكررا) المضافة الى المرسوم بقانون المذكور بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

وقد نشر القرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بالجريدة الرسمية بتاريخ ٢١ يونية سنة ١٩٧٩- العدد ٢٥ تابع (أ)، وعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره أى اعتبارا من ٢٢ يونية سنة ١٩٧٩ (م٧ من القرار بقانون).

ولما كان سبب استحقاق متعة المطلقة المدخول بها هو الطلاق الذى تتوافر فيه الشروط الواردة بالمادة، سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا، فان المتعة تجب لمن تطلق بعد الدخول ابتداء من ٢٢ يونية سنة ١٩٧٩.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٤ مايو سنة ١٩٨٥ فى القضية رقم ٢٨ لسنة ٢قضائية «دستورية» بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ سالف الذكر- لعيب شاب اجراءات اصداره[١] - وقد نشر الحكم بالجريدة الرسمية العدد (٢٠) بتاريخ ١٦ مايو سنة ١٩٨٥.

---

(١) وننشر هذا الحكم بأسبابه كاملة فيما يلى:

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ٤ مايو سنة ١٩٨٥ م الموافق ١٤ شعبان سنة ١٤٠٥هـ.

برياسة السيد المستشار محمد على بليغ
رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين : مصطفى جميل مرسى

وممدوح مصطفى حسن ومنير أمين عبد المجيد ورابح لطفى

جمعه ومحمد كامل محفوظ وشريف برهام نور
أعضاء

. . . .

وحضور السيد المستشار الدكتور أحمد محمد الحفنى

المفوض وحضور السيد/ أحمد على فضل الله

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية « دستورية».

بعد أن أحالت محكمة البدارى الجزئية للأحوال الشخصية (دائرة الولاية على النفس) ملف الدعوى رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٠

المرفوعة من:

نجاة حنفى عوض الله.

ضد:

محمد حسن عبد العال.

الاجراءات

بتاريخ ١٥ سبتمبر سنة ١٩٨٠ وردت الى قلم كتاب المحكمة الدعوى رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٠ ولاية على النفس البدارى، بعد أن قضت محكمة البدارى الجزئية للأحوال الشخصية فى ٢سبتمبر سنة ١٩٨٠ بوقف الدعوى واحالة الأوراق الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى مدى دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية.

وقدمت ادارة قضايا الحكومة مذكرة طلبت فيها الحكم أصليا بعدم قبول الدعوى واحتياطيا برفضها.

وبعد تحضير الدعوى أودعت هيئة المفوضين تقرير برأيها.

....

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة حيث التزمت هيئة المفوضين رأيها، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة ٢مارس سنة ١٩٨٥ وفى هذه الجلسة قررت المحكمة مد أجل النطق بالحكم الى جلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع الايضاحات والمداولة.

حيث أن الوقائع – على ما يبين من قرار الاحالة وسائر الأوراق– تتحصل فى أن المدعية كانت قد أقامت الدعوى رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٠ ولاية على النفس البدارى ضد زوجها المدعى عليه طالبة الحكم لها عليه بنفقة شرعية اعتبارا من أول نوفمبر سنة ١٩٧٩. وبجلسة ٢سبتمبر سنة ١٩٨٠ قضت محكمة البدارى الجزئية للأحوال الشخصية بوقف الدعوى واحالة الأوراق الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى مدى دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية.

وحيث أن الحكومة دفعت بعدم قبول الدعوى استنادا الى أن قرار الاحاله جاء خلوا من بيان النص الدستورى المدعى بمخالفته خروجا على ما توجبه المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا.

وحيث انه يبين من قرار الاحالة أن المحكمة استظهرت النصين الواجب تطبيقهما على واقعة الدعوى وهما المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والمادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلتان بمقتضى المادتين الثانية والثالثة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، وقد تراءى للمحكمة عدم دستورية هذا التشريع فى جملته لمخالفته المادتين ١٠٨و ١٤٧ من الدستور، اذ لم يستند رئيس الجمهورية فى اصداره الى تفويض من مجلس الشعب يخوله هذه السلطة، كما أنه لم تتوفر عند اصداره فى غيبة مجلس الشعب ظروف توجب الاسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير. لما كان ذلك، وكان ما أورده الاحالة واضح

....

الدلالة فى بيان النص التشريعى المطعون بعدم دستوريته والنص الدستورى المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة- على النحو الذى يتحقق به ما تغياه المشرع فى المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، فان الدفع بعدم قبول الدعوى يكون فى غير محله متعينا رفضه.

وحيث أن الدعوى استوفت أوضاعها القانونية.

وحيث انه يبين من الاطلاع على القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المطعون عليه، أنه استهدف معالجة الأوضاع المتعلقة بالأسرة وتنظيم استعمال الحقوق المقررة شرعا لأفرادها، فكان قوامه والباعث عليه ما يتصل بمسائل الأحوال الشخصية التى تدور جميعها فى فلك واحد هو تنظيم شئون الأسرة فيما يتعلق بالزواج والطلاق والنفقة والحضانة. فقد نصت مادته الأولى على أن «تضاف الى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مواد جديدة بأرقام (٥مكررا)، (٦مكررا)، (٦مكررا ثانيا)، (١٨ مكررا)، (٢٣مكررا)» وتتضمن هذه المواد الأحكام الخاصة بكيفية توثيق الطلاق والاعلام بوقوعه وما يترتب على ذلك من آثار (٥مكررا) وأنه يعتبر اضرار بالزوجة اقتران زوجها بأخرى بغير رضاها واخفاء الزوج على زوجته الجديدة أنه متزوج بسواها (٦مكررا) وبيان الآثار المترتبة على نشوز الزوجة (٦مكررا ثانيا) وتقرير نفقة متعة للزوجة عند طلاقها بدون رضاها (١٨مكررا) واستحقاق نفقة الصغير على أبيه (١٨ مكررا ثانيا) وفرض عقوبات جنائية لمخالفة بعض أحكام هذا القانون (٢٣مكررا) ونصت المادة الثانية من القرار بقانون المطعون عليه على أن يستبدل بنص المادة (١) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ نص جديد يتضمن الأحكام الخاصة بشروط استحقاق نفقة الزوجة وأحوال سقوطها. وتقضى المادة الثالثة مه بأن يستبدل بنصوص المواد ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١، ١٦، ٢٠ من القانون رقم ٢٥لسنة ١٩٢٩النصوص المحددة

....

في هذه المادة والتى تشتمل على الأحكام المتعلقة باجراءات التحكيم عند وقوع الشقاق بين الزوجين (٧، ٨، ٩، ١٠، ١١) وبما يفرض على الزوج من نفقة مؤقتة لزوجته (١٦) وأحوال حضانة الصغار وأصحاب الحق فيها وشروطها (٢٠). ثم نص القرار بقانون المشار اليه فى مادته الرابعة على حق المطلقة الحاضنة فى الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر وشروط استعمال هذا الحق وتحديد الجهة المختصة بالفصل فى الطلبات المتعلقة به والمنازعات التى تثور فى شأنه. وأوجب فى المادة الخامسة على المحاكم الجزئية أن تحيل الى المحاكم الابتدائية الدعاوى التى أصبحت من اختصاصها بمقتضى أحكامه. وقضى فى المادة السادسة بالغاء كل ما يخالف هذه الأحكام. وانتهى فى المادة السابعة والأخيرة الى النص على نشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية وأن تكون له قوة القانون وأن يعمل به من تاريخ نشره.

وحيث أن نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم فى الدولة، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التى يتعين التزامها ومراعاتها باعتبارها أسمى القواعد الآمرة واهدار ما يخالفها من تشريعات. وهذه القواعد والأصول هى التى يرد اليها الأمر فى تحديد ما تتولاه السلطات العامة من وظائف أصلية وما تباشره كل منها من أعمال أخرى استثناء من الأصل العام الذى يقضى بانحصار نشاطها فى المجال الذى يتفق مع طبيعة وظيفتها. واذا كانت هذه الأعمال الاستثنائية قد أوردها الدستور على سبيل الحصر والتحديد فلا يجوز لأى من تلك السلطات أن تتعداها الى غيرها أو تجور على الضوابط والقيود المحددة لها، فيشكل عملها حينئذ مخالفة دستورية تخضع- متى انصبت على قانون أو لائحة- للرقابة القضائية التى عهد بها الدستور الى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها، بغية الحفاظ على مبادئه وصون أحكامه من الخروج عليها.

....

وحيث أن سن القوانين عمل تشريعي تختص به الهيئة التشريعية التي تتمثل في مجلس الشعب طبقا للمادة ٨٦ من الدستور. والأصل أن تتولى هذه الهيئة بنفسها سلطة التشريع على مقتضى القواعد المقررة في الدستور، الا أنه نظرا لما قد يطرأ في غيبة مجلس الشعب من ظروف توجب سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير، فقد أجاز الدستور لرئيس الجمهورية في تلك الحالات أن يصدر في شأنها قرارات لها قوة القانون. وقد حرص المشرع الدستوري على أن يضع لهذه السلطة الاستثنائية في التشريع من الضوابط والقيود ما يكفل عدم تحويلها- الى ممارسة تشريعية مطلقة، موفقا بذلك بين مقتضيات مبدأ الفصل بين السلطات وضمان مباشرة كل منها للمهام المنوطة بها، وبين الاعتبارات العملية الملحة التي تتطلب تخويل رئيس الجمهورية رخصة التشريع على سبيل الاستثناء- لمواجهة تلك الظروف الطارئة حال غياب المجلس التشريعي المختص أصلا بذلك. من أجل ذلك نص الدستور في الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ على أنه : «اذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الاسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون وفي الفقرة الثانية على أنه: «ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عش يوما من تاريخ صدورها اذا كان المجلس، قائما وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته، فاذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة الى اصدار قرار بذلك، الا اذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر».

....

= وحيث ان المستفاد من هذا النص الدستورى وإن جعل لرئيس الجمهورية اختصاصا فى اصدار قرارات تكون لها قوة القانون فى غيبة مجلس الشعب، الا أنه رسم لهذا الاختصاص الاستثنائى حدودا ضيقة تفرضها طبيعته الاستثنائية، منها ما يتعلق بشروط ممارسته ومنها ما يتصل بمآل ما قد يصدر من قرارات استنادا اليه. فأوجب لاعمال رخصة التشريع الاستثنائية أن يكون مجلس الشعب غائبا وأن تتهيأ خلال هذه الغيبة ظروف تتوافر بها حالة تسوغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير الى حين انعقاد مجلس الشعب باعتبار أن تلك الظروف هى مناط هذه الرخصة وعلة تقريرها. واذ كان الدستور يتطلب هذين الشرطين لممارسة ذلك الاختصاص التشريعى الاستثنائى، فان رقابة المحكمة الدستورية العليا تمتد اليهما لتتحقق من قيامهما، باعتبارهما من الضوابط المقررة فى الدستور لممارسة ما نص عليه من سلطات، شأنهما فى ذلك شأن الشروط الأخرى التى حددتها المادة ١٤٧ ومن بينها ضرورة عرض القرارات الصادرة استنادا اليها على مجلس الشعب للنظر فى اقرارها أو علاج آثارها.

وحيث انه يبين من الأعمال التحضيرية للقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المطعون عليه أن الأسباب التى استندت اليها الحكومة فى التعجيل باصداره فى غيبة مجلس الشعب، تتمثل فيما أوردته مذكرته الايضاحية من «أن القانونين رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاصين ببعض أحكام الأحوال الشخصية قد مضى على صدورهما قرابة خمسين عاما طرأ فيها على المجتمع كثير من التغيير المادى والأدبى التى انعكست آثارها على العلاقات الاجتماعية الأمر الذى حمل القضاة عبئا كبيرا فى تخريج أحكام الحوادث التى تعرض عليهم، وقد كشف ذلك عن قصور فى بعض أحكام القوانين القائمة مما دعا

....

الى البحث عن أحكام الأحوال التى استجدت فى حياة المجتمع المصرى وذلك فى نطاق نصوص الشريعة دون مصادرة أى حق مقرر بدليل قطعى لأى فرد من أفراد الأسرة بل الهدف من المشروع هو تنظيم استمال بعض هذه الحقوق» كما أنه عند عرض القرار بقانون (محل الطعن) على مجلس الشعب للنظر فى اقراره، أفصح وزير الدولة لشئون مجلس الشعب عن ماهية الضرورة التى دعت الى اصداره بقوله «ولا شك أن الضرورة تحتم استصدار قانون لتعديل الأحوال الشخصية وقد طال الأمد على استصدار هذه القوانين، وطول الأمد واستطالة المدة هى حالة الضرورة، بل هى حالة الخطورة فالأسرة المصرية تنتظر هذا الاصلاح منذ عام ١٩٠٥، واللجان تنعقد وتتعثر أعمالها ولكن دون جدوى ولائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والقانونان اللذان يحكمان مجال الاسرة رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٠ ورقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ كلاهما يحتاج الى تعديل منذ صدورهما، أى منذ عامى ١٩٢٠ و ١٩٢٩ أليس فى هذا كله مدعاة لضرورة يقدرها ولى الأمر ليصدر قرارا ثوريا باصلاح الأسرة؟ ولو ترك الأمر لاقتراح بقانون أو لمشروع بقانون وثارت حوله المناقشات وظل شهورا وسنين فأين هى الحاجة التى تدعو الى تحقيق اصلاح الأسرة بقرار ثورى مثل القرار بقانون المعروض».

لما كان ذلك، وكانت الأسباب سالفة البيان. وحاصلها مجرد الرغبة فى تعديل قوانين الأحوال الشخصية بعد أن طال الأمد على العمل بها رغم ما استجد من تغييرات فى نواحى المجتمع وان جاز أن تندرج فى مجال البواعث والأهداف التى تدعو سلطة التشريع الأصلية الى سن قواعد قانونية جديدة أو استكمال ما يشوب التشريعات القائمة من قصور تحقيقا لإصلاح مرتجى الا أنه لا تتحقق بها الضوابط المقررة فى الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من الدستور، ذلك أن تلك الأسباب تفيد أنه لم يطرأ خلال غيبة مجلس الشعب ظرف معين يمكن أن تتوافر معه تلك الحالة التى تحل بها رخصة التشريع الاستثنائية التى خولها

الدستور لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة ١٤٧ المشار اليها ومن ثم فان القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ اذ صدر استنادا الى هذه المادة، وعلى خلاف الأوضاع المقررة فيها، يكون مشوبا بمخالفة الدستور.

وحيث انه لا ينال مما تقدم ما أثارته الحكومة من أن تقدير الضرورة الداعية لاصدار القرارات بقوانين عملا بالمادة ١٤٧ من الدستور متروك لرئيس الجمهورية تحت رقابة مجلس الشعب باعتبار ذلك من عناصر السياسة التشريعية التى لا تمتد اليها الرقابة الدستورية، ذلك أنه وان كان لرئيس الجمهورية سلطة التشريع الاستثنائية طبقا للمادة المشار اليها وفق ما تمليه المخاطر المترتبة على قيام ظروف طارئة تستوجب سرعة المواجهة وذلك تحت رقابة مجلس الشعب، الا أن ذلك لا يعنى اطلاق هذه السلطة فى اصدار قرارات بقوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التى نص عليها الدستور والتى سبق أن استظهرتها المحكمة ومن بينها اشتراط أن يطرأ- فى غيبة مجلس الشعب- ظروف من شأنها توفر الحالة الداعية لاستعمال رخصة التشريع الاستثنائية وهو ما لم تكن له قائمة بالنسبة للقرار بقانون المطعون عليه الأمر الذى يحتم اخضاعه لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية.

وحيث انه- من ناحية أخرى- فان اقرار مجلس الشعب للقرار بقانون المطعون عليه لا يترتب عليه سوى مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذى نشأ عليه كقرار بقانون دون تطهيره من العوار الدستورى الذى لازم صدوره. كما أنه ليس من شأن هذا الاقرار فى ذاته أن ينقلب به القرار بقانون المذكور الى عمل تشريعى جديد يدخل فى زمرة القوانين التى يتعين أن يتبع فى كيفية اقتراحها والموافقة عليها واصدارها القواعد والاجراءات التى حددها الدستور فى هذا الصدد والا ترتب على مخالفتها عدم دستورية القانون.

وحيث أنه لما كان ما تقدم، وكان القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية المطعون عليه قد استهدف بتنظيمه التشريعى المترابط موضوعا واحدا قصد به معالجة بعض مسائل الأحوال الشخصية

ولما كان المقرر طبقا للفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ باصدار قانون المحكمة الدستورية العليا أنه «يترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم» ، فكان الأصل أن ينتهى العمل بالقرار بقانون المذكور بانقضاء يوم ١٦ مايو سنة ١٩٨٥ ، فلا يجوز تطبيقه اعتبارا من ١٧ مايو سنة ١٩٨٥ . غير أنه صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وتضمن فى الجملة ذات الأحكام التى كان منصوصا عليها فى القرار بقانون المذكور، وأوردت المادة (١٨ مكررا) التى أضافها الى المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٥ ذات الأحكام التى نصت عليها المادة نفسها عند اضافتها الى المرسوم بقانون بالقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ .

وقد نصت المادة السابعة من القانون سالف الذكر على أن: «ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية، ويعمل به من تاريخ نشرالحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ، وذلك عدا حكم المادة ٢٣ مكررا فيسرى حكمها من اليوم التالى لتاريخ نشره» .

ومفاد ذلك أن المادة نصت على سريان أحكام القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ اعتبارا من ١٦ مايو سنة ١٩٨٥ (تاريخ نشر الحكم الصادر من المحكمة

المتعلقة بالأسرة على ما سلف بيانه، وكان العيب الدستورى الذى شابه قد عمه بتمامه لتخلف سند اصداره، فانه يتعين الحكم بعدم دستوريته برمته.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية.

أمين السر   رئيس المحكمة

الدستورية العليا) مع أنه طبقا لحكم المادة ٣/٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا كان القرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ لازال ساريا فى هذاالتاريخ لأنها تجعل الحكم الصادر بعدم الدستورية ساريا منذ اليوم التالى لنشره أى يوم ١٩٨٥/٥/١٧.

وهذا الأثر الرجعى للقانون يستند الى نص المادة ١٨٧ من الدستور التى تقضى بأنه: «لا تسرى أحكام القوانين الا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها، ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية النص فى القانون على خلاف ذلك بموافقة أعضاء مجلس الشعب»، ولكنه ورد استثناء مما نصت عليه المادة ٣/٤٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

وقد حدا الشارع الى تقرير الأثر الرجعى للقانون- على ما أفصح عنه تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب- وجود الكثير من المنازعات المنظورة أمام المحاكم والتى أقيمت فى ظل القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ولم يصدر فيها حكم بات ذلك أنه من العدل والتسوية بين أصحاب هذه الدعاوى وما سيقام من دعاوى طبقا لأحكام المشروع عند صدوره أن يكون لهذا القانون أثر رجعى. وأن يضمن الاستمرارية لأحكام القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ فى الجملة لما تبين أن عدم دستوريته لعيب شاب اجراءات اصداره[١].

---

(١) وتتفق هذه العبارات وما جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ باصدار قانون المحكمة الدستورية العليا من أنه: «وتناول القانون أثر الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم وهو نص ورد فى بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس فى المستقبل فحسب وانما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعى الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة تقادم...».

وواضح من عبارات تقرير اللجنة المشتركة، أن القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - وضمنه نص المادة ١٨ مكررا- يسرى على المنازعات التى رفعت الى المحاكم فى ظل القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ولم يصدر فيها حكم نهائى أى حكم غير قابل للطعن فيه بالاستئناف، اما لفوات ميعاد الطعن أو لاستنفاذه.

وعلى ذلك فان المادة ١٨ مكررا من القرار بقانون ٤٤ سنة ١٩٧٩ تكون سارية ابتداء من تاريخ العمل بالقرار بقانون فى ٢٢ يونية سنة ١٩٧٩حتى تاريخ ١٥ مايو سنة ١٩٨٥، ثم يبدأ العمل بنص المادة ذاتها المضافة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ اعتبارا من ١٦ مايو سنة ١٩٨٥.

ولما كان الحكم الوارد بالمادة ١٨ مكررا المضافة بالقانون الأخير هو ذاته المنصوص عليه بالمادة نفسها عند إضافتها الى المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بالقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ فان معنى ذلك أن تطبيق حكم متعة المطلقة المدخول بها ظل ممتدا منذ العمل بالقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ حتى الآن.

ومما تجدر الاشارة اليه أنه لا يعيب الحكم القاضى بالمتعة بعد سريان القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أن ينبى قضاءه على أحكام القرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ طالما انتهى الى نتيجة صحيحة لأن القصور فى الأسباب القانونية ليس من شأنه تغيير وجه الرأى فى الدعوى وأن لمحكمة الطعن أن ترد الحكم الى الأساس الصحيح فى القانون.

وقد قضت محكمة النقض- دائرة الأحوال الشخصية- فى هذا الصدد بأن:

١- «وحيث أن هذا النعى غير سديد ذلك أن النص فى المادة ١٨٧ من الدستور على أنه «لا تسرى أحكام القوانين الا على ما يقع من تاريخ العمل

بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها. ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية النص فى القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب» مفاده أنه ولئن كان الأصل فى القانون أنه لا يسرى الا على الوقائع والمراكز القانونية التى تنشأ وتتم فى الفترة من تاريخ العمل به الى حين الغائه الا أنه يجوز للسلطة التشريعية فى غير المواد الجنائية ولاعتبارات من العدالة والمصلحة العامة تستقل بتقدير مبرراتها ودوافعها أن تخرج على مبدأ عدم رجعية التشريع وتنص فيه صراحة على سريانه على الماضى- لما كان ذلك وكان النص فى المادة السابعة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية على أن «ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ نشر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ وذلك عدا حكم المادة (٢٣مكررا) فيسرى حكمها من اليوم التالى لتاريخ نشره» يدل- وعلى ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية لهذا القانون- على أن المشرع قد استهدف بتقرير الرجعية لأحكامه التى جاءت متفقة مع القواعد المقررة بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته لعيب لحق باجراءات اصداره اسناد سريانها الى تاريخ نشر الحكم القاضى بعدم دستوريته أن تسرى هذه الأحكام على المراكز القانونية التى تكونت فى ظل العمل بالقانون القديم ولم يصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الأمر المقضى وذلك تحقيقا للعدالة والتسوية بين أصحاب الحقوق الشرعية التى قننت بالقرار بقانون المشار اليه سواء من تمكن منهم من استصدار حكم بات بها قبل صدور الحكم بعدم دستوريته ومن لم يتمكن من ذلك وهو ما يؤيده أن المشرع لم يحدد لرجعية القانون الجديد رغم تضمنه فى الجملة ذات القواعد المقررة بالقانون القديم اليوم التالى لنشر الحكم بعدم دستورية الأخير باعتباره اليوم الذى ينتهى فيه العمل به وانما

حدد لها يوم نشره أى فى وقت كانت أحكام القانون القديم فيه سارية ما يكشف عن رغبته فى توفير الاستمرارية لهذه الأحكام بعد تلافى العيب الذى شاب اجراءات اصداره واخضاع الوقائع الناشئة فى ظله للقواعد المماثلة المقررة بالقانون الجديد اذا لم يكن قد صدر بشأنها حكم حائز لقوة الأمر، لما كان ذلك، وكانت المادة ١٨ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - الذى يحكم واقعة الدعوى- توجب فرض متعة للزوجة المدخول بها فى زواج صحيح اذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها فان الحكم المطعون فيه اذ أيد استحقاق المطعون عليها المتعة المقضى بها على سند من أن الطاعن طلقها فى ١٩٨٠/١٠/٦ دون رضاها ولا بسبب من قبلها يكون قد انتهى الى نتيجة صحيحة فى القانون ولا يعيبه أنه لم يعرض فى قضائه لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وسريانه على واقعة الدعوى دون القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المحكوم بعدم دستوريته والذى امتنع تطبيقه عليها من اليوم التالى لنشره فى الجريدة الرسمية فى ١٩٨٥/٥/١٦ طالما أن ذلك القصور فى الأسباب القانونية ليس من شأنه أن يغير وجه الرأى فى الدعوى وأن لمحكمة النقض أن ترد الحكم الى الأساس الصحيح فى القانون. وحيث أنه لما تقدم يتعين رفض الطعن».

(طعن رقم ٧٢ لسنة ٥٦ق- جلسة ١٩٨٧/٤/٢٨)

٢- «وحيث أن هذا النعى غير سديد ذلك أن النص فى المادة ١٨٧ من الدستور على أنه «لا تسرى أحكام القوانين الا على ما يقع فى تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها، ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية النص فى القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب» مفاده أنه ولئن كان الأصل فى القانون أنه لا يسرى الا على الوقائع والمراكز

القانونية التى تنشأ وتتم فى الفترة من تاريخ العمل به الى حين الغائه الا أنه يجوز للسلطة التشريعية فى غير المواد الجنائية ولاعتبارات من العدالة والمصلحة العامة تستقل بتقدير مبرراتها ودوافعها أن تخرج على مبدأ عدم رجعية التشريع وتنص فيه صراحة على سريانه على الماضى، لما كان ذلك النص فى المادة السابعة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية على أن «ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ نشر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ وذلك عدا حكم المادة (٢٣مكررا) فيسرى حكمها من اليوم التالى لتاريخ نشره» يدل- وعلى ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية لهذا القانون- على أن المشرع قد استهدف بتقرير الرجعية لأحكامه التى جاءت متفقة مع القواعد المقررة بالقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته لعيب لحق باجراءات اصداره واسناد سريانها الى تاريخ نشر الحكم القاضى بعدم دستوريته أن تسرى هذه الأحكام على المراكز القانونية التى تكونت فى ظل العمل بالقانون القديم ولم يصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الأمر المقضى وذلك تحقيقا العدالة والتسوية بين أصحاب الحقوق الشرعية التى قننت بالقرار المشار اليه سواء من تمكن منهم من استصدار حكم بات بها قبل صدور الحكم بعدم دستوريته ومن لم يتمكن من ذلك وهو ما يؤيده أن المشرع لم يحدد لرجعية القانون الجديد رغم تضمنه فى الجملة ذات القواعد المقررة بالقانون القديم اليوم التالى لنشر الحكم بعدم دستورية الأخير باعتباره اليوم الذى ينتهى فيه العمل به وانما حدد لها يوم نشره أى فى وقت كانت أحكام القانون القديم فيه سارية مما يكشف عن الرغبة فى توفير الاستمرارية لهذه الأحكام بعد تلافى العيب الذى شاب اجراءات اصداره واخضاع الوقائع الناشئة فى ظله القواعد المماثلة

المقررة بالقانون الجديد اذا لم تكن قد صدر بشأنها حكم حائز لقوة الأمر المقضى، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فانه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا ويكون النعى على غير أساس.وحيث أنه لما تقدم يتعين رفض الطعن).

(طعن رقم ٢لسنة٥٦ق- جلسة ١٩٨٧/٥/٢٦-لم ينشر)

٣- «النص فى المادة ١٧٨من الدستور على أن «تنشر فى الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا فى الدعاوى الدستورية والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعى من آثار» وفى الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه «ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم» مفاده أنه متى صدر حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص تشريعى فلا يجوز تطبيقه اعتبارا من اليوم التالى لنشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية ومن ثم فانه لا يمس- وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩- الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت من قبل بحكم حاز قوة الأمر المقضى.

لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد صدر حضوريا من محكمة استئناف القاهرة فى ١٩٨٥/٤/١١ ومن ثم يكون قد حاز قوة الأمر المقضى تبعا لعدم جواز الطعن فيه بطرق الطعن الاعتيادية وذلك قبل نشر حكم المحكمة الدستورية العليا القاضى بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ فى الجريدة الرسمية فى ١٩٨٥/٥/١٦ فان صدور هذا الحكم ونشره لا يمس بحق المطعون ضدها فى المتعة المقضى بها بالحكم المطعون فيه ويضحى النعى بوجهيه على غير أساس».

(طعن رقم ٦٩ لسنة ٥٥ق- جلسة ١٩٨٨/١/٢٦-لم ينشر)

٥- «وحيث أن هذا النعى فى محله ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد المادة السابعة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الصادر بتعديل بعض أحكام قانونى الأحوال الشخصية رقمى ٢٥ لسنة ١٩٢٠، ٢٥ لسنة١٩٢٩ أن تسرى أحكام هذا القانون على المراكز القانونية التى تكونت فى ظل العمل بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ طالما لم يصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الأمر المقضى. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه وقد خالف هذا النظر وقضى برفض دعوى الطاعنة على سند من أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ لا ينطبق على واقعة طلاقها فانه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب قضه».

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٨/٦/٢٨ - ذات المبدأ الطعون أرقام: ٥٠ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٨/٦/٢٨- ٣٤ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٤- ١٠٣لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦- ٥٥لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢٣- ٣٢لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢٣- ٢٧ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٨/١/٢٦ غير منشورة جميعا).

٦- «وحيث أن هذا النعى غير سديد ذلك أنه لما كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية أخذا بمفهوم المادة السابعة منه يسرى على المراكز القانونية التى تكونت فى ظل العمل بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذى حكم بعدم دستوريته طالما لم يصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الأمر المقضى، وكان الحكم المطعون فيه اذ قضى بالمتعة للمطعون عليها الأولى قد انتهى الى نتيجة صحيحة فى القانون وكان لا يعيبه عدم استناده الى أحكام

القانون رقم ١٠٠لسنة ١٩٨٥ بدلا من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذى امتنع تطبيقه على واقعة الدعوى بعد نشر الحكم بعدم دستوريته اذ لمحكمة النقض أن ترد أسباب الحكم الى سنده من صحيح القانون فان النعى يكون على غير أساس».

(طعن رقم ٣٣ لسنة ٥٦ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠غير منشور)

٧- «سريان القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على المراكز القانونية التى تكونت فى ظل العمل بالقرار بقانون ٤٤ سنة ١٩٧٩، طالما لم تصدر بقريرها أحكام حائزة لقوة الأمر المقضى. المادة السابعة ق ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - مثال فى طلب متعة».

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٦٠ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٣/٢/١٦)

(طعن رقم ٣٥ لسنة ٦٠ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٣/٢/٢٣)

٢٢٨- جواز ندب المحكمة اخصائي اجتماعي او اكثر :

(راجع الكتاب الثانى بند ٢٤)

٢٢٩- وجوب عرض المحكمة الصلح علي الخصوم.

(راجع الكتاب الثانى بند ٢٤ وبنود ٣٩ ومابعده)

النسب

موضوع رقم (١٥)

أقل مدة الحمل- أقصى مدة الحمل- اثبات الولادة ونوع المولود

٢٣٠- اقل مدة الحمل:

اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل التى يتكون فيها الجنين ويولد بعدها حيا هى ستة أشهر قمرية، لقوله تعالى ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهرا﴾[١]، وقوله جل شأنه ﴿وفصاله فى عامين﴾[٢]، فقد دلت الآية الأولى على أن الحمل والفصال ثلاثون شهرا، ودلت الآية الثانية على أن الفصال أى الفطام عامان، وباسقاط المدة الثانية من المدة الأولى يبقى للحمل ستة أشهر وهو تقدير العليم الخبير.

ويؤيد هذا الاستنتاج ما روى من أن رجلا تزوج امرأة فجاءت بولد لستة أشهر من تاريخ الزواج، فرفع أمرها الى عثمان رضى الله عنه فهم باقامة الحد عليها، فقال له ابن عباس رضى الله عنهما: «إنها لوخاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم» أى غلبتكم قال تعالى:﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهرا﴾ وقال ﴿وفصاله فى عامين﴾، فاذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل الا ستة أشهر

---

(١) سورة الأحقاف- الآية (١٥)

(٢) سورة لقمان- الاية (١٤)

فمنع عثمان الحد عنها[١]، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر أحد ذلك واذا اعتبرت هذه المدة فى درء الحد لأن الحدود تدرأ بالشبهات، اعتبرت أيضا فى اثبات النسب لأنه مما يحتاط فى اثباته محافظة على النسل وصيانة للعرض.

وفى هذا قضت محكمة النقض- دائرة الأحوال الشخصية- بأن:

«من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الاسلامية- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن النسب يثبت بالفراش وهو الزواج الصحيح وما يلحق به من مخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهة، ورتب الفقهاء على ذلك أن الزنا لا يثبت نسبا، وأساس الأخذ بهذه القاعدة هو ولادة الزوجة أو المطلقة فى زمن لا يقل عن ستة أشهر من تاريخ الزواج، لما هو مجمع عليه من أنها أقل مدة للحمل أخذا بقوله تعالى ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهرا﴾ وقوله تعالى ﴿وفصاله

---

(١) بدائع الصنائع جـ٣ص٢١١- وقد أفتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٦٩/١/٤ فى الطلب رقم ٧٩٥ لسنة ١٩٦٨ بأن:

«المنصوص عليه شرعا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر لقوله تعالى: ﴿وحمله وفصالة ثلاثون شهرا﴾ ولقوله تعالى ﴿وفصاله فى عامين﴾ فبقى للحمل ستة أشهر وانه اذا تزوج بأمرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه منه، لأن الحمل سابق على النكاح فلا يكون منه وفى حادثة السؤال تزوج السائل بزوجته ثيب ثم وضعت حملها بعد زواجه بها بأقل من ستة أشهر، وعلى ذلك فلا يثبت نسب هذا المولود من السائل...الخ».

فى عامين﴾ فبإسقاط مدة الفصال الواردة فى الآية الأخيرة من مدة الحمل والفصال الواردة فى الآية الأولى يتبقى للحمل ستة أشهر، وفرع الفقهاء على ذلك أنه اذا تزوج رجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من زواجها لم يثبت نسبه لأن العلوق سابق على النكاح بيقين فلا يكون منه، ومن الراجح فى مذهب الحنفية سريان هذه القاعدة ولو كان العلوق من نفس الزوج نتيجة الزنا، فيحق للزانى أن ينكح مزنيته الحبلى منه ويحل له أن يطأها فى هذا النكاح ولكن لا يثبت الولد منه اذا أتت به لأقل من ستة أشهر لأنه لم يكن وليد مدة حمل تام».

(طعن رقم ١٨ لسنة ٤٥ق- جلسة ١٩٧٦/١١/٣).

٢- « الفراش. ماهيته – النسب يثبت بالفراش . الزنا لايثبت نسبا. وجوب أن تكون ولادة الزوجة أو المطلقة لمدة لاتقل عن ستة أشهر من تاريخ الزواج علة. ذلك. زواج الزانى بمزنيته الحبلى منه. لايثبت الولد منه إذا أتت به لأقل من ستة أشهر لأنه لم يكن وليد مدة حمل تام ».

(طعن رقم ٦٩ لسنة ٦٣ق- جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣)

٢٣١- اقصى مدة الحمل:

اختلف الفقهاء فى تحديد أقصى مدة الحمل اختلافا واسع المدى، لعدم وجود نص من الكتاب ولا من السنة يدل على أقصى مدة الحمل.

فقدره الحنفية بسنتين هجريتين استنادا الى ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت «ولا تزيد المرأة فى الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل» تريد أن الجنين لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو لفترة يسيرة عبرت عنها بتحول ظل عمود المغزل، وفى لفظ آخر «لا يكون الحمل أكثر من سنتين»، وهذا لا يعرف الا سماعا اذ ليس للعقل فيه مجال فكأنها روته عن النبى عليه السلام[١].

وقدرها الشافعية بأربع سنوات ووافقهم المالكية فى المشهور عندهم[٢] وفى القول الآخر أنها خمس سنوات وهناك من يزيد على ذلك.

وقدرها داود الظاهرى بتسعة أشهر، ومحمد بن الحكم من فقهاء المالكية بسنة.

وقال ابن رشد فى هذه المسألة «وهذه المسألة مرجوع فيها الى العادة والتجربة، وقول ابن الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد، والحكم انما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر ولعله أن يكون مستحيلا»[٣].

وسنرى أن المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ نص فى مادته الخامسة عشرة على أن لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم

(١) شرح فتح القدير جـ٤ ص٣٦٢.

(٢) ودليل هذا ما روى الدارقطنى عن مالك بن أنس قال هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان، امرأة صدق، وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن، فى اثنتى عشرة سنة كل بطن فى أربع سنين. وما جاء من حكايات منها: ماروى أن الضحاك بقى فى بطن أمه أربع سنوات، وأن محمد بن عبد الله بن الحسن بن على وابراهيم بن نجيح العقيلى بقى كل منهما فى بطن أمه أربع سنين، وقد حكى ذلك أبو الخطاب وأنه متى تقرر وجود ذلك وجب أن يحكم به، ولا يزاد عليه لأنه هو الذى وجد ولأن عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنين ولم يكن هذا الا لأنه غاية الحمل.

(٣) بداية المجتهد جـ٢ ص٣٥٨ طبعة خامسة ١٤٠١هـ-١٩٨١م ص٣٥٨.

التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها اذا أتت به لاكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة.

(أنظر بندى ٢٣٩، ٢٥٠).

٢٣٢- اثبات الولادة:

اذا ادعت المرأة أنها ولدت، فإما أن يصدقها الرجل أو لا يصدقها، فاذا صدقها ثبت النسب اذا توافرت شروطه.

وان لم يصدقها وقال أنها لن تلد، وأن ما تدعى ولادته لقيط، فان الولادة تثبت على النحو التالى.

(أ) اذ كانت الولادة أثناء قيام الزوجية:

ذهب أبو حنيفة الى أنه اذا كان الحبل ظاهرا ومعروفا بأماراته التى توجب غلبة الظن عند كل من يراها بأنها حامل، أو كان الزوج معترفا بوجوده، أو ورثته بعد وفاته، فلا تحتاج المرأة الى اثبات، ويكفى قول المرأة نفسها لأن الحمل المفضى الى الولادة ثابت بظهور أماراته أو الاعتراف، فيثبت ما يفضى اليه وهو الولادة بمجرد اخبار المرأة عنها.

بينما ذهب أبو يوسف ومحمد الى أن الولادة تثبت بشهادة امرأة من أهل العدالة، سواء كان الحمل ظاهرا أم لا، اعترف به الزوج أو الورثة بعد وفاته أولا، لأن الفرض أن الرجل أنكر الولادة فتكون دعوى المرأة مجردة فتحتاج الى اثبات، وتكفى فيها شهادة المرأة المقبولة الشهادة، لأنها ليست شهادة على ثبوت النسب فإن ثبوت النسب هنا لايحتاج الى شهادة ما دامت الزوجية قائمة، والولادة من الأمور التى لا يطلع عليها الرجال كالبكارة والثيوبة وعيوب النساء لأنه لو اشترط فى اثبات ذلك نصاب الشهادة الكاملة المعتادة لأدى ذلك

الى الحرج بالوالدات والحرج مرفوع شرعا، وقد ثبت أن النبى عليه السلام أجاز شهادة القابلة وروى عن الزهرى أنه قال ﴿ومضت السنة بجواز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن﴾.

وقد رجح محمد قدرى باشا الراى الثانى فى كتابه أحكام الاحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية فنص فى المادة (٣٤٨) على أن «اذا ادعت الزوجة المنكوحة الولادة وجحدها الزوج ثبتت بشهادة امرأة مسلمة حرة عدلة أما لو أنكر تعيين الولد فانه يثبت تعيينه بشهادة القابلة المتصفة بما ذكر».

واذا كان الأطباء فى هذا الزمن يقومون بعملية الولادة فيكفى- فى نطاق هذا الرأى- شهادة الطبيب الذى باشر الولادة أو أى رجل آخر شاهد الولادة ان لم يكن تعمد النظر، لأنه حينئذ يكون فاسقا مردود الشهادة[١].

وقد قضت محكمة النقض- دائرة الاحوال الشخصية- بتاريخ ١٩٨٩/٣/٢٨ فى الطعن رقم ١٢٤ لسنة ٥٦ق بأن:

«وحيث أن هذا النعى مردود ذلك أن المقرر فى فقه الأحناف أنه اذا كان الحمل ظاهرا وصدر الاعتراف به من الزوج فان النسب يثبت قبل الولادة لما فى البطن».

(ب) اذا كانت المرأة معتدة من طلاق أوفاة:

اذا كانت المرأة معتدة من طلاق رجعى أو بائن، أو من وفاة فقد ذهب أبو

---

(١) محمد مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة فى الاسلام ص٧٠١- عمر عبد الله ص٥٨٤.

حنيفة الى أنه إذا أنكر الزوج أو ورثته الولادة، ولم يكن الزوج أو الورثة أقروا بالحبل، ولم يكن الحبل ظاهرا، فان الولادة لا تثبت الا بحجة كاملة أى شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، لأن ادعاء المرأة الوضع قبل مضى سنتين اعتراف منها بمضى عدتها، وبانقضائها تعتبر أجنبية، ودعوى النسب من الأجنبية تحتاج الى بينة كاملة.

وقال الصاحبان أن الولادة تثبت بشهادة القابلة لأن النكاح آثاره باقية فى عدة الطلاق والوفاة، ووقت الولادة لم تكن أجنبية فهى قد ولدته على فراش النكاح الصحيح، فيكتفى بشهادة القابلة كحال الزوجية[١].

وقد رجح محمد قدرى باشا راى الامام ابى حنيفة فنص في المادة (٣٤٩) من كتاب الاحكام الشرعية على ان: «اذا ادعت معتدة الطلاق الرجعى أو البائن أو معتدة الوفاة الولادة لأقل من سنتين من وقت الفرقة وجحدها الزوج أو الورثة فلا تثبت الا بحجة تامة ما لم يكن الزوج أو الورثة قد أقروا بالحبل أو كان الحبل ظاهرا غير خاف فان جحدوا تعيين الولد يثبت بشهادة القابلة كما مر».

٢٣٣- اثبات نوع المولود:

اذا كان النزاع فى تعيين المولود بأن يقول أحد الزوجين أنه ذكر ويقول الآخر أنه أنثى، فيكفى فى اثبات نوعه شهادة امرأة من أهل العدالة أوشهادة الطبيب المولد أو أى شخص شاهد المولود، سواء كان النزاع فى حال قيام

(١) محمد أبوزهرة ص٣٩٥

الزوجية حقيقة أو فى العدة مطلقا، وهذا بالاتفاق بين أبى حنيفة وصاحبيه، لأن الولادة اذا ثبتت كان تعيين المولود سهلا فلا تشترط فيه شهادة كاملة وهو ما نصت عليه المادتان (٣٤٨، ٣٤٩) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.

٢٣٤- حكم تصديق الورثة على الولادة:

تصديق ورثة الزوج على الولادة يتضمن أمرين:

الأول: ثبوت حق الولد فى الميراث من المتوفى ومشاركته بقية الورثة فيه أو حجبهم منه على حسب أحكام الميراث

والثانى: ثبوت نسبه من المتوفى بالنظر اليهم والى غيرهم من كافة الناس

فبالنسبة الى الحق الأول، يكفى تصديق الورثة أو بعضهم المرأة بالولادة فى استحقاق الولد الميراث، فاذا كان التصديق منهم جميعا ثبتت النبوة فيما يتعلق بالميراث فى حقهم جميعا

واذا كان التصديق من البعض تثبت البنوة فى حقه وحده، لأن التصديق اقرار، والاقرار حجة قاصرة على المقر، لا يلزم به غيره

ولهذا لا يلزم فى هذا الاقرار أن يكون بلفظ الشهادة ولا أن يكون فى مجلس القضاء، ولا أن يكون المقر من أهل الشهادة أمام القاضى

أما بالنسبة الى الحق الثانى فانه اذا كان من أقر من الورثة بالولادة عددا يصلح للشهادة وهو رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول فانه يثبت حق

الولد بالنسبة اليهم جميعا، لا فرق بين المقرين والمنكرين وتثبت بنوته للمتوفى بالنظر الى جميع الناس فله الحق- اذا كان لأبيه غرماء- أن يطالبهم بما عليهم من ديون[١].

أما اذا لم يكن المصدقون من الورثة من أهل الشهادة، لا يثبت النسب الا فى حق المقرين منهم.

ولا يشترط لإتمام نصاب الشهادة هنا أن يكون كل المقرين من الورثة، فقد يكون المقر وارثا ويشهد معه أجنبي، وفى هذه الحالة تشترط الخصومة والشهادة فى مجلس القضاء لأنهما شاهدان وليس مقرين[٢].

---

(١) الدكتور عبد الرحمن تاج ص٤١٧.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٥٤٦.



موضوع رقم (١٦)

ثبوت النسب بالفراش

يثبت النسب بواحد من ثلاثة: الفراش، والاقرار، والبينة، وسنتناول دراسة كل منها تباعا، ونبدأ هنا بثبوت النسب بالفراش.

٢٣٥- المقصود بالفراش:

الفراش ما يبسط للجلوس أو النوم عليه، وقد يكنى به عن المرأة. يقال هذه قبيلة كريمة المفارش اذا كانت تتزوج الكرام من النساء.

وقال تعالى فيما أعد لأهل اليمين فى الجنة: ﴿وفرش مرفوعة انا أنشأناهن انشاء فجعلناهن أبكارا عربا أترابا لأصحاب اليمين﴾[1]، فكنى بالفراش عن النساء.

والمراد بالفراش هنا الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد لا عند حصول الولادة، أو كون المرأة معدة للولادة من شخص معين، وهو لا يكون الا بالزواج الصحيح وما ألحق به من الزواج الفاسد والوطء بشبهة.

فاذا ولدت الزوجة بعد زواجها- بشروط سيأتى بيانها- ثبت نسب المولود من ذلك الزوج دون حاجة الى اقرار منه بذلك أو بينة تقيمها الزوجة على ذلك لقول رسول الله عليه السلام ﴿الولد للفراش وللعاهر الحجر﴾[2].

---

(١) سورة الواقعة- الآيات (٣٤-٣٨)- والفرش المرفوعة، الموضوعة على سرر عالية قال تعالى فى وصف الجنة ﴿فيها سرر مرفوعة﴾ (سورة الغاشية- الآية ١٣).

(٢) معنى الحديث أن الولد ثمرة الفراش (الزوجية) فينسب الى الزوج صاحب الفراش ويثبت نسبه منه، وللعاهر الذى لا يطلب النسل من طريقه المشروع الخيبة والخسران. يقال للشخص الذى خاب ولم يجن ثمرة من فعله (له الحجر).

وانما يثبت النسب بالفراش من غير حاجة الى شئ آخر، لأن الزوجة مقصورة على زوجها ليس لغيره أن يشاركه هذا الاستمتاع بل ولا الاختلاء بها خلوة محرمة، فينبنى على ذلك اعتبار حمل الزوجة من زوجها واحتمال أنه من غيره احتمال مرفوض، لأن الأصل فى الناس الصلاح والاستقامة حتى يثبت العكس.

وقد قضت محكمة النقض- دائرة الأحوال الشخصية- بأن:

١- «النسب كما يثبت بالفراش الصحيح يثبت بالاقرار وبالبينة، غير أن الفراش فيه ليس طريقا من طرق اثباته فحسب بل يعتبر سببا منشئا له، أما البينة والاقرار فهما أمران كاشفان له يظهران أن النسب كان ثابتا من وقت الحمل بسبب من الفراش الصحيح أو بشبهته».

(طعن رقم ١١ لسنة ٤٤ق- جلسة ١٩٧٦/٢/٤).

٢- «اذا كان النسب يثبت بالفراش وكان البين من الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بثبوت نسب الصغيرة الى الطاعن على سند من اقراره بالتحقيقات الادارية المقدمة صورتها الرسمية بقبوله الزواج من المطعون عليها عرفيا ودفعه مهرا لها ثم دفعه لها مؤخر صداقها من شهرين سابقين على تقديم الشكوى وهو إقرار صريح يفيد قيام الزوجية بينه وبين المطعون عليها بعقد صحيح شرعا فى التاريخ الذى حددته والى عدم ثبوت قيام المانع من الدخول وبثبوت تمام الوضع لأكثر من ستة أشهر من عقد الزواج، وكانت هذه الأسباب تكفى لحمل هذا القضاء فان النعى على الحكم المطعون فيه بصدد ما ساقه من قرينة مساندة استخلصها من الاقرار- الصادر من المطعون عليها- يكون غير منتج».

(طعن رقم ٢٨ لسنة ٤٤ق- جلسة ١٩٧٦/٥/١٢).

٣- «النص ان الولد للفراش انما يراد به الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء الحمل لا عند حصول الولادة، لما كان ما تقدم وكان الحكم

المطعون فيه قد أقام قضاءه على سند من أن الطاعنة أتت بالبنت المدعى نسبها للمطعون عليه لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد فلا يثبت نسبها به لتحقق قيام الوطء فى غير عصمة وتيقن العلوق قبل الفراش، فانه يكون قد أصاب صحيح القانون ويكون النعى عليه فى هذا الخصوص غير سديد».

(طعن رقم ١٨ لسنة ٤٥ق- جلسة ١٩٧٦/١١/٣).

٤- « النسب . ثبوته فى جانب الرجل. بالفراش والبينة والإقرار» .

(طعن رقم ٣٠١ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٦- غير منشور)

٥- « ثبوت النسب المستند إلى الزواج الصحيح أو الفاسد . شرطه. أن يكون الزواج ثابتا لانزاع فيه سواء كان الإثبات بالفراش أو بالإقرار أو بالبينة الشرعية».

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٦٦ ق- جلسة ١٩٩٦/١٢/٣٠-غير منشور)

٦-« النسب. ثبوته بالفراش والبينة والإقرار».

(طعن رقم ١٧٦ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٧/٧/٧)

٧-« الفراش الذى يثبت به النسب. مقصوده . قيام الزوجية بين الرجل والمرأة عند ابتداء الحمل لاعند حصول الولادة»

(طعن رقم ٦٩ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣)

٨- « الفراش الصحيح الذى يثبت به النسب. ماهيته. الوعد والاستيعاد لاينعقد بهما زواج. علة ذلك. الزواج لايصح تعليقه على شرط ولا إضافته إلى مستقبل» .

(طعن رقم ١٩٤ لسنة ٦٣ ق - جلسة ١٩٩٧/٦/٢٤)

٩- « أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على ما أورده بأسبابه من أن إبرام عقد الزواج فى وقت لاحق على الحمل دليل على ثبوت النسب لوثوق الطاعن بأن الحمل كان نتيجة معاشرته للمطعون ضدها معاشرة الأزواج قبل العقد فيكون العقد تصادقا على زوجية قائمة بما مفاده أن الحمل منه،

وكانت هذه الأسباب لاتؤدى إلى ثبوت النسب ، ذلك أن المعاشرة لاتعتبر وحدها دليلا شرعيا على قيام الزوجية والفراش الذى يثبت به النسب، كما أن عقد الزواج فى وقت لاحق على المعاشرة لايدل فى ذاته على قيام زوجية صحيحة قبل هذا العقد ولايفيد ثبوت نسب ولد كان نتيجة علاقة سابقة على تاريخ العقد كما ذهب الحكم، ومن ثم فإن الحكم يكون مشوبا بالفساد فى الاستدلال جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون، بما يوجب نقضه».

(طعن رقم ٦٩ لسنة ٦٣ق- أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣)

شروط ثبوت النسب بالفراش

يشترط لثبوت النسب بالفراش توافر الشروط الآتية:

٢٣٦- الشرط الأول: وجود عقد زواج:

اذا كان ثبوت النسب بالفراش يستند الى عقد زواج صحيح أو فاسد، فيجب وجود عقد زواج، لأن القاعدة فى اثبات النسب أنه اذا استند الى زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتا لا نزاع فيه سواء كان الاثبات بالفراش أو بالاقرار أو بالبينة الشرعية، وهى على من ادعى.

ويثبت الزواج بكافة طرق الاثبات الشرعية من بينة واقرار ويمين.

(راجع فى اثبات الزواج شرعا: الكتاب الأول بنود ٧٤وما بعده) .

والتناقض فى ادعاء الزوجية والفراش الصحيح لا يغتفر اذ هو ليس محل خفاء.

وقد قضت محكمة النقض- دائرة الأحوال الشخصية- بأن:

١ – «لما كان ذلك وكان التناقض فى ادعاء الزوجية والفراش الصحيح لا يغتفر اذ هو ليس محل خفاء، فانه لا محل لاستناد الطاعنة الى ما هو مقرر من أن التناقض فى النسب عفو مغتفر وتجوز فيه الشهادة بالسماع، لأن التناقض هنا واقع فى دعوى الفراش الصحيح الذى يراد به اثبات النسب على ما سلف

بيانه، ويكون النعي عليه غير اساس».

(طعن رقم ١١ لسنة ٤٤ق- جلسة ١٩٧٦/٢/٤).

٢- «... والقاعدة فى اثبات النسب أنه اذا استند الى زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتا لا نزاع فيه سواء كان الاثبات بالفراش أو بالاقرار أو بالبينة الشرعية وهى على من ادعى».

(طعن رقم ٢٥ لسنة ٤٦ق- جلسة ١٩٧٨/٥/٢١).

٣- «القاعدة فى اثبات النسب أنه اذا استند الى زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتا لا نزاع فيه سواء كان الاثبات بالفراش أو بالاقرار أو بالبينة الشرعية وهى على من ادعى بل إن البينة فى هذا المجال أقوى من مجرد الدعوى أو الاقرار ولا يشترط لقبولها معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد وانما يكفى أن تدل على توافر الزواج أو الفراش بمعناه الشرعى».

(طعن رقم ١٠٠ لسنة ٥٥ق- جلسة ١٩٨٦/٥/٢٧).

٤- «وحيث أن هذا النعى فى محله ذلك انه لما كان من الأصول المقررة فى فقة الشريعة الاسلامية أن النسب يثبت بالفراش وهو الزواج الصحيح وما يلحق به وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو بشبهة وكان من المقرر فى الفقه الحنفى أن الزواج الذى لا يحضره شهود زواج فاسد يترتب عليه آثار الزواج الصحيح ومنها النسب بالدخول الحقيقى. وكانت القاعدة فى اثبات النسب انه اذا استند الى زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتا لا نزاع فيه سواء كان الاثبات باللفظ الصريح أو يستفاد من دلالة التعبير أو

السكوت فى بعض المواضع التى يعتبر الساكت فيها مقرا بالحق بسكوته استثناء من قاعدة لا ينسب لساكت قول وكانت الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بدفاع مؤداه انها كانت زوجة للمطعون عليه بعقد زواج فاسد خلا من الشاهدين- وذلك قبل العقد عليها رسميا فى ١٩٨٣/١١/٢٦ وانها كانت فراشا له بوعد منه بتوثيق هذا الزواج وان الصغيرة «هويدا» كانت ثمرة لهذا الزواج الفاسد ودللت على ذلك بعدة قرائن منها اقراره بالشكوى رقم ٤٩٠٤ لسنة ١٩٨٣ ادارى قسم المنيا بالاتفاق معها على الزواج منذ فترة سابقة على تقديم شكواها وتمت المعاشرة الجنسية بناء على هذا الاتفاق، وكذلك عقد قرانه عليها وهى ظاهرة الحمل وقدمت تأييدا لذلك صورة رسمية من الشكوى سالفة الذكر. وقد أخذ الحكم الصادر من محكمة أول درجة بهذه القرائن وحمل عليها قضاءه برفض دعوى المطعون عليه ببطلان عقد الزواج ونفى نسب الصغيرة «هويدا» له الا أن الحكم المطعون فيه قضى بالغاء هذا الحكم على سند من أن البنت المطلوب نفى نسبها الى المطعون عليه أتت من لقاء جنسى محرم شرعا، وفى مدة أقل من ستة أشهر من تاريخ زواجها دون التحدث عن المستندات التى قدمتها الطاعنة وتمسكت بدلالتها على وجود عقد الزواج الفاسد، كما لم يطلع على القرائن التى ساقتها الطاعنة تأييدا لدفاعها، والتى كونت منها محكمة أول درجة عقيدتها، وهو دفاع جوهرى لو صح لتغير به وجه الرأى فى الدعوى. فان اغفال المحكمة الرد على هذا الدفاع وما ساقته الطاعنة من أدلة عليه من شأنه أن يعيب الحكم المطعون فيه بالقصور فى التسبيب بما يستوجب نقضه».

(طعن رقم ٧٣ لسنة ٥٧ق- جلسة ١٩٨٩/٥/٢٣).

والمقرر شرعا أن الردة سبب من أسباب الفرقة ، ومن أحكامها أنه ليس لمرتد أن يتزوج أصلا، لابمسلم ولابغير مسلم، وفقه الحنفية على أن المرأة المسلمة إذا ارتدت ثم تزوجت لاينعقد لها زواج ولايثبت نسبا.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

« المقرر شرعا- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن الردة- وهى الرجوع عن دين الإسلام- سبب من أسباب الفرقة ومن أحكامها أنه ليس لمرتد أن يتزوج أصلا، لابمسلم ولابغير مسلم، إذ هى فى معنى الموت وبمنزلته والميت لايكون محلا للزواج، وفقه الحنفية على أن زواج المسلمة بغير المسلم كتابيا كان أم غير كتابى حرام باتفاق ولاينعقد أصلا، كما أن المرأة المسلمة إذا ارتدت ثم تزوجت لاينعقد لها زواج ولايثبت نسبا يتولد عنه أى حق فى الميراث» .

(طعن رقم ١٦٢لسنة ٦٢ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٥/٥/١٦)

٢٣٧- *الخلاف في تاريخ الزواج:*

قد تلد الزوجة ثم تختلف مع زوجها فى تاريخ النكاح، بأن تدعى أنها تزوجته منذ ستة أشهر لكى تصل الى اثبات المولود منه، بينما يقول الزوج أنه تزوج منها منذ أقل من ستة أشهر حتى يصل الى عدم اثبات نسب المولود منه.

والحكم فى هذا الخلاف، أن القول قول الزوجة، ويثبت نسب الولد من الزوج، لأن الظاهر يشهد لها، لأنها ولدت ظاهرا من نكاح وحملا لها على الصلاح.

ولئن كان للزوج ظاهر آخر يشهد له، هو اضافة الحادث- تاريخ النكاح المختلف فيه- الى أقرب الأوقات، اذ الحوادث تضاف لأقرب الأوقات، الا أنه يرجح الظاهر الذى يشهد للمرأة لأن النسب يحتاط فى اثباته.

وذهب أبو حنيفة الى أن الزوجة لا تستحلف ويؤخذ بقولها بلا يمين.

بينما ذهب أبو يوسف ومحمد الى أنه يؤخذ بقولها مع اليمين.

والرأى الأخير هو المفتى به فى المذهب.

ولا تسمع بينة من الزوج أو ورثته على تاريخ نكاحه الذى يدعيه لأنها شهادة على النفى معنى، لأنها فى حقيقتها لنفى حصول الزواج فى التاريخ الذى تدعيه المرأة، فلا تقبل لأن النسب يحتال فى اثباته كلما أمكن ذلك، وهو هنا ممكن، باحتمال أنه سبق أن تزوجها سرا بمهر يسير، ثم جهرا بأكثر منه للشهرة والسمعة وهذا مشاهد وكثير الوقوع[١].

٢٣٨- عدم سريان قيد عدم قبول الدعوي المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون رقم (١) لسنة٢٠٠٠ علي دعاوي النسب:

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن :

---

(١) تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ٣ص٥٤٧ وما بعدها.

« ولاتقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج – فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١ – مالم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية، ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أوالفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذاكان الزواج ثابتا بأية كتابة» .

وهذه الفقرة لم تتعرض لإثبات الزواج ولم توجب إثباته بوثيقة رسمية، وإنما أوردت قيدا على التقاضى فى شأن الدعاوى الناشئة عن الزواج ، مقتضاه عدم قبول الدعوى عند الإنكار إلا إذا كانت الزوجية ثابتة بوثيقة رسمية ، ويسرى القيد على الدعاوى التى يقيمها أحد الزوجين على الآخر، وعلى ا لدعاوى التى يقيمها ورثة أيهما على الآخر أوورثته.

وكذلك على الدعاوى التى يقيمها الغير أو النيابة العامة فى الأحوال التى تباشر فيها الدعاوى كطرف أصيل قبل أيهما أو ورثته.

والقيد يسرى على الدعاوى التى تكون الزوجية سببا مباشر للحقوق فيها، مثل النفقة والطاعة والصداق والميراث فقط، ولايسرى على الدعاوى التى تكون الحقوق فيها ليست الزوجية سببا مباشرا لها ، ومن ثم لايسرى على دعاوى النسب، وبالتالى فإن دعوى النسب تكون مقبولة ولو كانت الزوجية غير ثابتة بوثيقة زواج رسمية.

ويستوى أن يكون النسب مقصودا لذاته أوكان وسيلة لدعوى المال ، كدعوى الإرث بسبب النبوة.

وقبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة٢٠٠٠ كانت الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغى) تنص على أن :

« ولاتسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أوالإقرار بها إلا إذاكانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١».

وكان القيد الوارد بها يشمل النزاع فى ذات الزوجية ومايترتب عليها من أحكام أيضا، أى الحقوق التى تكون الزوجية سببا مباشرا لها ، ولايشمل الدعاوى التى تكون الحقوق فيها ليست الزوجية سببا مباشرا لها ومن ثم كان القيد لايسرى على دعاوى النسب ، كما هو الحال فى ظل الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ الحالى.

وقد أوضحت هذا الرأى المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون سالف الذكر، وأفتت به دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٩٥٧/٢/١ (الفتوى منشورة بالكتاب الأول بند ٧٩) وقضت به محكمة النقض بتاريخ ١٩٨٠/١٢/٣٠ فى الطعن رقم ٣ لسنة ٥٠ ق – أحوال شخصية – منشور بالكتاب الأول بند ٨٠).

كما قضت محكمة النقض- دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

١ – « إذا كانت دعوى المطعون عليه هى دعوى إرث بسبب البنوة – وهى بذلك متميزة عن دعوى إثبات الزوجية أو إثبات حق من الحقوق التى تكون الزوجية سببا مباشرا لها – فإن إثبات البنوة الذى هو سبب الإرث

لايخضع لما أورده المشرع فى المادة ٩٩من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من قيد على سماع دعوى الزوجية أو الاقرار بها حيث نهى فى الفقرة الرابعة من تلك المادة عن سماع تلك الدعوى الا اذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١، اذ لا تأثير لهذا المنع من السماع على دعوى النسب سواء كان النسب مقصودا لذاته أو كان وسيلة لدعوى المال فان هذه الدعوى باقية على حكمها المقرر حتى ولو كان النسب مبناه الزوجية الصحيحة.

ولما كان اثبات البنوة وهى سبب الارث فى النزاع الراهن بالبينة جائزا قانونا فلم يكن على الحكم المطعون فيه أن يعرض لغير ما هو مقصود أو مطلوب بالدعوى ومن ثم يكون النعى عليه بالخطأ فى القانون وقصور التسبيب لاجازته الاثبات بالبينة واغفاله ذكر السبب الذى يرد اليه النسب فى غير محله».

(طعن رقم ٢ لسنة ٢٨ق- جلسة ١٩٦٠/٥/٥).

٢- «اذا كانت دعوى المطعون عليها دعوى ارث بسبب البنوة وهى متميزة عن دعوى اثبات الزوجية، وكان موضوع النسب مطروحا فيها باعتباره سبب استحقاق الارث وكان المشرع لم يشترط لاثبات النسب وجود وثيقة زواج رسمية لأن المنع الخاص بعدم سماع دعوى الزوجية أو الاقرار بها فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ لا تأثير له شرعا على دعاوى النسب بل هى باقية على حكمها المقرر فى الشريعة الاسلامية رغم التعديل الخاص بدعوى الزوجية فى المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، فانه لا تثريب على الحكم ان هو اطرح ما قدمه الطاعنون من أوراق بعد قيام الدليل- البينة- على ثبوت النسب المتنازع عليه لأن قيام الحقيقة التى اقتنع بها فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفه».

(طعن رقم ٨ لسنة ٤٤ق- جلسة ١٩٧٦/١/٢١).

٣- «دعاوى النسب لا زالت باقية على حكمها المقرر فى المذهب

الحنفى فلا يشترط لسماع الدعوى باثبات النسب وصحتها اذا كان سببها زواج صحيح أن يكون هذا الزواج ثابتا بوثيقة رسمية وانما يصدق عليه هذا الوصف ويصبح سببا لاثبات النسب باعتباره كذلك متى حضره شهود واستوفى أركانه وسائر شروط صحته شرعا سواء وثق رسميا أو أثبت بمحضر عرفى أو كان بعقد غير مكتوب».

(طعن رقم ٤٤ لسنة ٥١ق- جلسة ١٩٨٢/٣/١٦).

٤- «المقرر فى قضاء هذه المحكمة- أن دعوى النسب متميزة عن دعوى إثبات الزوجية وأن إثباتها لا يخضع لما أورده المشرع فى المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من قيد على سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها إذ لا تأثير لهذا المنع من السماع على دعوى النسب التى مازالت باقية على حكمها المقرر فى الشريعة الإسلامية».

(طعن رقم ٨ لسنة ٥٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٨٩/١١/٢١).

٥- «القيد الوارد بالمادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها. عدم خضوع دعوى النسب له. علة ذلك».

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٥٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٠/٥/٢٢).

٦- «المنع من سماع دعوى الزوجية بعد أول أغسطس سنة ١٩٣١ الا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية. م٤/٩٩ مرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١. اقتصاره على دعوى الزوجية. خروج دعوى النسب عنه ولو كان من هذه الزيجة غير الثابتة».

(طعن رقم ٦١ لسنة ٥٨ق«أحوال شخصية» جلسة١٩٩١/٦/١١).

(راجع أيضا فى التفصيل: الكتاب الأول موضوع رقم ١٠ بند ٧٥ وما بعده).

٢٣٩- هل يشترط لثبوت النسب بالفراش تلاقى الزوجين بعد العقد؟

ذهب الأحناف الى أنه لا يشترط لثبوت النسب بالفراش تلاقى الزوجين بعد العقد، وأن العقد وحده كاف لثبوته مع تصور التلاقى وان لم يتم التلاقى بالفعل قط.

ولذا قالوا لو عقد رجل بالمشرق زواجه بامرأة فى المغرب ولم ينتقل أحدهما الى الآخر ثبت ولدها منه متى جاءت به لستة أشهر أو أكثر من حين العقد.

وقالوا أن تصور التلاقى شرط لاثبات النسب ولذا لو جاءت امرأة الصبى بولد لا يثبت نسبه، والتصور ثابت فى المغربية لثبوت كرامات الأولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة أو جنيا[١].

وتصور التلاقى الذى ذكره الأحناف قد يكون أقرب الى الواقع فى العصر الحديث الذى شهد تقدما كبيرا فى وسائل المواصلات.

واستند الحنفية فى ذلك الى حديث الرسول «الولد للفراش وللعاهر الحجر»، وأن الفراش هو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ولدها من الرجل اذا أتت به، وهذا يكون فى النكاح عقب العقد الصحيح مباشرة لأنه من آثاره[١].

ولما صدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ نص فى المادة (١٥) منه على أن:

«لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة... الخ».

---

(١) شرح فتح القدير جـ٤ ص٣٥٠.

(٢) الشافعى ومالك يشترطان امكان التلاقى بعد العقد، ويشترط ابن تيمية من الحنابلة الدخول بعد العقد، وقد نسب هذا الى الامام أحمد ورجحه ابن القيم.

وقد جاء بالمذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون انه:

«بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن يثبت نسب ولد الزوجة فى أى وقت أتت به مهما تباعد الزوجان فيثبت نسب ولد زوجة مشرقية من زوج مغربى عقد الزواج بينهما مع اقامة كل فى جهته دون أن يجتمعا من وقت العقد الى وقت الولادة اجتماعا تصح معه الخلوة وذلك بناء على مجرد جواز الاجتماع بينهما عقلا.

كذلك يثبت نسب ولد المطلقة بائنا اذا أتت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق ونسب ولد المتوفى عنها زوجها اذا أتت به لأقل من سنتين من وقت الوفاة.

ويثبت ولد المطلقة رجعيا فى أى وقت أتت به من وقت الطلاق ما لم تقر بانقضاء العدة. والعمل بهذه الأحكام مع شيوع فساد الذمم وسوء الأخلاق أدى الى الجرأة على ادعاء نسب أولاد غير شرعيين وتقدمت بذلك شكاوى عديدة.

ولما كان رأى الفقهاء فى ثبوت النسب مبنيا على رأيهم فى أقصى مدة الحمل ولم يبن أغلبهم رأيه ذلك الا على اخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين والبعض الآخر كأبى حنفية بنى رأيه فى ذلك على أثر ورد عن السيدة عائشة يتضمن أن أقصى مدة الحمل سنتان وليس فى أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة. فلم تر الوزارة مانعا من أخذ رأى الأطباء فى المدة التى يمكثها الحمل فأفاد الطبيب الشرعى بأنه يرى أنه عند التشريع يعتبر أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوما حتى يشمل جميع الأحوال النادرة.

وبما أنه يجوز شرعا لولى الأمر أن يمنع قضاته من سماع بعض الدعاوى التى يشاع فيها التزوير والاحتيال ودعوى نسب ولد بعد مضى سنة من تاريخ الطلاق بين الزوجين أو وفاة الزوج وكذا دعوى نسب ولد من زوج لم يتلاق

مع زوجته فى وقت ما ظاهر فيها الاحتيال والتزوير لذلك وضعت المادة (١٥) من مشروع القانون».

والنص لم يعدل أحكام ثبوت النسب المنصوص عليها بالمذهب الحنفى، ولم يتعرض لثبوت النسب أو نفيه، فيظل النسب بالفراش ثابتا بمجرد العقد مع امكان تصور التلاقى بين الزوجين وانما أتى النص بقيد على سماع الدعوى، مقتضاه أن تقضى المحكمة بعدم سماع دعوى النسب عند الانكار لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها.

فمحل القضاء بعدم سماع الدعوى أن ينكر نسب الولد.

وأن يثبت للمحكمة أنه لم يلتق بزوجته منذ العقد أو غاب عنها لمدة سنة سابقة على الولادة.

والمقصود بعبارة (عدم التلاقى) ليس دخول الزوج بالزوجة، وانما المقصود بها اجتماعهما من وقت العقد الى وقت الولادة اجتماعاتصح معه الخلوة[1].

ولما كانت القصد من قيد عدم سماع الدعوى القضاء على الاحتيال والتزوير من جانب بعض النساء اللاتى تدعين النسب رغم عدم تلاقيهن مع أزواجهن منذ العقد أو غيبتهم عنهن مدة سنة، فانه يكون متعلقا بالنظام العام ويجب على المحكمة التصدى له من تلقاء نفسها.

وقد قضت محكمة النقض- دائرة الأحوال الشخصية- بأن:

١ - «من الأصول المقررة عند فقهاء الشريعة الاسلامية أن «الولد للفراش» واختلفوا فيما تصير به الزوجة فراشا على ثلاثة أقوال أحدها أنه العقد وان لم يجتمع بها، بل لو طلقها عقيبه فى المجلس، والثانى أنه العقد مع امكان الوطء

---

(١) المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

والثالث أنه العقد مع الدخول المحقق لا امكانه المشكوك فيه، وقد اختار الشارع بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الرأى الثانى على ما يؤدى اليه نص المادة ١٥ منه.. وهذا يدل على أن المناط فيما تصير به الزوجة فراشا انما هو العقد مع مجرد امكان الوطء بصرف النظر عن تحقق الدخول أو عدم تحققه».

(طعن رقم ٤ لسنة ٣٦ق- جلسة ١٩٧٠/٢/١١).

٢- «اذا ثبت نسب المطعون عليها الأولى من المتوفى بالفراش، فانه لا يغض من ذلك ما ادعاه الطاعنون من أن المورث كان عقيما، فضلا عن عدم ثبوته أمام محكمة الموضوع، فان الفقه الحنفى- المعمول به بوصفه أصلا ما لم ينص القانون على خلافه- يكتفى فى ثبوت النسب بالفراش، بالعقد وحده ان كان صحيحا مع تصور الدخول وامكانه».

(طعن رقم ١٠ لسنة ٤١ق- جلسة ١٩٧٥/٢/٥).

٣- «ثبوت النسب بالفراش فى الفقه الحنفى- يكتفى فيه بالعقد الصحيح مع تصور الدخول وامكانه».

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٥٤ق- جلسة ١٩٨٥/٣/١٢).

(انظر أيضا: نقض ١٩٦٧/٣/١٥ منشور بالبند التالى).

٤- «المقرر فى الفقه الحنفى المعمول به بوصفه أصلا ما لم ينص القانون على خلافه أنه يكتفى فى ثبوت النسب بالفراش بالعقد وحده ان كان صحيحا مع تصور الدخول وامكانه وكان الواقع فى الدعوى أن الطاعن أقامها بطلب نفى نسب الولد اليه بمقولة أنه أصيب بالعجز عن الانجاب منذ ما قبل زواجه بالمطعون عليها وكان الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى على سند من أن المطعون عليها أتت بالولد

لأكثر من ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج الصحيح وأن نسب الولد الى الطاعن ثبت بالفراش ورد على دفاع الطاعن بشأن عجزه عن الانجاب بقوله «... وكان الثابت من مناقشة الطبيب الشرعى أن عملية استئصال البروتستاتا لها تأثير على الاخصاب وأن التحليل الذى أجرى بمعرفة مستشفى المنصورة الجامعى قد أفاد بأنه لا يوجد به أى حيوانات منوية وذلك بعدم تواجد افراز لهذه الغدة بعد استئصالها وفى حالة فقد هذه الغدة فان ذلك يؤثر بشكل واضح على كمية السائل المنوى وأن نقص هذه الكمية لها تأثير على حيوية الحيوانات المنوية أى قدرتها على الحياة كما أنها تؤثر على حرية حركتها وهذان العاملان هامان فى عملية الانجاب وأنه ليس من المتوقع أن يحصل انجاب فى هذه الحالة ولكنه ليس من المستحيل فى حالة فرض وجود حيوانات منوية كما أنه لا يستطيع الجزم عما اذا كان للمدعى قوة فى افراز السائل المنوى خلال الفترة من تاريخ زواجه فى ١٩٨١/٦/٢٧ وحتى اجراء التحليل الذى تم فى ١٠/٢ ١٩٨٢ ... وكان الاصل فى النسب الاحتياط فى ثبوته ما أمكن فهو يثبت مع الشك وينبنى على الاحتمالات النادرة والتى يمكن تصورها بأى وجه من الوجوه حملا لحال المرأة على الصلاح واحياء للولد..» وكان الحكم المطعون فيه الذى أيده وأحال الى أسبابه قد أضاف الى ذلك قوله «....... ولا ينال منه ما ذهب اليه المستأنف من أن محكمة أول درجة التفتت عن اجابته لطلبه ندب كبير الاطباء الشرعيين لعرض الأمر عليه ومناقشته بشأن حالته الصحية وفيما ورد بتقرير الطبيب الشرعى.. لأن مرد ذلك مرجعه الى المحكمة وضمير القاضى لا غير وما دامت قد اقتنعت بما ثبت وتحقق لديها بالنسبة لموضوع النزاع ومما تجدر الاشارة اليه كدليل قاطع

على صحة ما انتهى اليه الحكم المستأنف ومما هو ثابت بالأوراق ان الصغير المطالب بنفى نسبه الى المستأنف قد أنجبته المستأنف ضدها بعد زواجها بالمستأنف والدخول والمعاشرة بأكثر من ستة أشهر وقبل مضى سنة من تاريخ طلاقة لها....... وصلاحية طرفى الاستئناف للانجاب ورزقهما بأولاد وأن الاثنين ما زالا على قيد الحياة.....» وكان يبين من هذا الذى أورده الحكم أنه حصل فهم الواقع فى الدعوى تحصيلا سليما وأنزل عليه صحيح حكم القانون وانتهى بأسباب سائغة فى نطاق سلطة محكمة الموضوع فى تقدير أدلة الدعوى الى ثبوت نسب الولد للطاعن وعدم الاخذ بما ساقه من دفاع سنده أمور ظنية لم تبلغ حد اليقين ولا تؤدى الى نتيجة قطعية اذ لا يصح نفى النسب بناء عليها ما دام الامكان قائما، لما كان ذلك وكان لا تثريب على محكمة الموضوع ان هى لم تر اجابة الطاعن الى طلب الكشف عليه بمعرفة كبير الاطباء الشرعيين متى وجدت فى أدلة الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها ولا عليها ان هى لم تتعقب كل قول أو حجة أبداها الطاعن فى دفاعه ما دام أن قيام الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها فيه الرد الضمنى المسقط لذلك الدفاع، فان ما يثيره الطاعن بهذا النعى لا يعدو أن يكون جدلا فى تقدير المحكمة للادلة بغية الوصول الى نتيجة أخرى غير تلك التى انتهى اليهاالحكم».

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٥٤ق- جلسة ١٩٨٥/٣/١٢ - غير منشور)

٥- « الولد للفراش صيرورة المرأة فراشا مناطه العقد مع إمكان الوطء. سواء تحقق الدخول أو لم يتحقق. م ١٥ من ق ٢٥ سنة ١٩٢٩».

(طعن رقم ٤٦ لسنة ٦٢ ق- جلسة ١٩٩٦/١٢/٣٠ - غير منشور)

٦- « النسب حق للولد عدم تصديق الزوجين فى إبطاله ولو تعاونا فى إثبات عدم حصول الوطء».

(طعن رقم ٤٦ لسنة ٦٢ق- جلسة ١٩٩٦/١٢/٣٠ - غير منشور)

٧- « الولد للفراش. صيرورة المرأة فراشا مناطه العقد مع إمكان الوطء بصرف النظر عن تحقق الدخول أو عدم تحققه أوالاتصال الجنسى».

(طعن رقم ١٧٦ لسنة ٦٣ق- جلسة ١٩٩٧/٧/٧)

٢٤٠- الشرط الثانى: إمكان حمل الزوجة من زوجها:

ويتأتى ذلك بأن يكون الزوج بالغا أو مراهقا أى قريبا من البلوغ، ولم تظهر عليه بعد أمارات البلوغ، فلو كان صغيرا دون ذلك لا تعتبر الزوجة فراشا تحمل منه زوجته لأن هذه قرينة قاطعة على أن الحمل ليس منه، ولأن الشرط الأساسى لأى نسب أن يولد مثل الولد لمثل من ينسب اليه ولا يكون ذلك اذا ولد المولود والزوج صغير.

وقدر سن الجماع بعشر سنين[١].

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق جـ٤ ص٥٦- التنوير وشرحه بحاشية ابن عابدين جـ٣ ص٤١٠ وقد أفتت دار الافتاء بأن المراهق- اذا كان ذكرا- هو من بلغ اثنتى عشرة سنة. (فتوى صادرة بتاريخ ٢٠ يونية سنة ١٩٤٠).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١ - «من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الاسلامية أن (الولد للفراش) واختلفوا فيما تصير المرأة به فراشا على ثلاثة أقوال أحدهما أنه نفس العقد وان لم يجتمع الزوج بها أو طلقها عقيبه فى المجلس والثانى أنه العقد مع امكان الوطء والثالث أنه العقد مع الدخول الحقيقى لا امكانه المشكوك فيه، والقول بأن معنى التلاقى هو الاتصال الجنسى يؤدى الى أن الفراش لا يثبت الا بالدخول الحقيقى وهو ما لم يقصده الشارع بالمادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٥».

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٣٥ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٦٧/٣/١٥).

٢ - «المقرر شرعا أنه فى حال قيام الزوجية الصحيحة اذا أتى الولد لستة أشهر على الأقل من وقت عقد الزواج، وكان يتصور الحمل من الزوج بأن كان مراهقا أو بالغا، ثبت نسب الولد من الزوج بالفراش، دون حاجة الى اقرار أو بينة واذا نفاه الزوج فلا ينتفى الا بشرطين (أولهما) أن يكون نفيه وقت الولادة، (ثانيهما) أن يلاعن امرأته. فاذا تم اللعان بينهما مستوفيا شروطه فرق القاضى بينهما ونفى نسب الولد عن أبيه وألحقه بأمه. ولما كان الثابت من الأوراق أن المورث تزوج المطعون عليها الثانية زواجا صحيحا ثابتا بوثيقة زواج رسمية مؤرخة ١٩٣٢/٤/٢١ ولم ينازع أحد فى استمرار هذا الزواج منذ بدأ حتى وفاة المورث فى ١٩٦٧/٢/٢٧ وأن المطعون عليها الأولى ولدت فى ١٩٣٧/١٢/٢١ وفقا لمستخرج ميلادها الرسمى على فراش هذه الزوجية ولم ينف المورث نسبها اليه فى الوقت وبالطريق المقرر شرعا، فان نسب المطعون عليها الأولى يكون قد ثبت من المتوفى بالفراش من غير حاجة الى دعوى ولا يغض من ذلك ما ادعاه الطاعنون من أن المورث كان عقيما، فضلا عن عدم ثبوته أمام محكمة الموضوع».

(طعن رقم ١٠ لسنة ٤١ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٧٥/٢/٥).

والخصى كالصحيح فى الولد، وكذلك المجبوب ان كان ينزل والعنين لأنه قد يمكنه الانزال بالمساحقة[١].

٢٤١- *الشرط الثالث: أن تمضى أقل مدة الحمل:*

يشترط أن تمضى أقل مدة الحمل، وأقل مدة الحمل كما ذكرنا سلفا ستة أشهر قمرية.

وتحسب أقل مدة الحمل من تاريخ العقد، ومن وقت الدخول فى الزواج الفاسد، والوطء بشبهة. لأن المرأة اذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر فهذا دليل على أن الحمل سابق على النكاح فلا يكون هذا الحمل من الزواج.

وعدم ثبوت النسب لمن يولد لأقل من ستة أشهر على فراش الزوجية وثبوته لمن يولد لستة أشهر فأكثر شرط يسرى ولو كان العلوق من نفس الزوج بالزنا. وأساس ذلك أن نكاح الحامل وان كان غير جائز الا أنه عند أبى حنيفة ومحمد يجوز للزانى أن ينكح مزنيته الحبلى منه ويحل له أن يطأها فى هذا النكاح، والولد يثبت منه اذا ولدته لستة أشهر فأكثر لأنها جاءت به فى مدة حمل تام عقب نكاح صحيح ولا يثبت منه اذا جاءت به لأقل من ستة أشهر[٢].

٢٤٢- *الشرط الرابع: أن تلد المرأة لأقل من أقصى مدة الحمل:*

وأقصى مدة الحمل عند الحنفية- كما رأينا سلفا- سنتان.

وهذا الشرط يسرى على الولادة بعد الطلاق البائن أو الموت.

فاذا جاءت المرأة بالولد لسنتين فأكثر من حين الطلاق البائن أو موت الزوج تيقن أنها حملت به بعد انتهاء الفراش يقينا.

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٤٩٥ وما بعدها.

(٢) الدكتور عبد العزيز عامر ص٢٥.

أما المطلقة رجعيا، فيثبت نسب ولدها من الزوج فى أى وقت ما لم تقر بانقضاء عدتها بعد طلاقها منه، ويحمل ذلك على أنه راجعها بعد الطلاق فى عدتها التى قد يطول وقتها اذا امتد طهرها ويكون ثبوته بالفراش الذى استدامته الرجعة.

وهذا الشرط يحتاج الى مزيد من التفصيل نعرض له فيما يلى:

نسب المطلقة والمتوفى عنها زوجها:

٢٤٣- المطلقة قبل الدخول:

يثبت نسب ولد المطلقة قبل الدخول من زوجها اذا جاءت به لستة أشهر من حين العقد ولأقل من ستة أشهر من حين الطلاق. لأن مجيئها به لأقل من ستة أشهر من حين العقد يدل على أنها حملت به قبل أن تكون فراشا لهذا الزوج، ومجيئها به لأكثر من ستة أشهر من حين الطلاق يحتمل أن يكون لأنها حملت به بعد الطلاق من غيره، واحتمال أنها حملت به قبل الطلاق لايكفى لاثبات النسب هنا لأن زوجيتها انقطعت بهذا الطلاق البائن حيث لا عدة لها.

والاصل فى هذا عند الحنفية ما قالوه ان كل امرأة لا تجب عليها العدة لا ينبت نسب ولدها من زوجها الا اذا علم يقينا انه منه، بأن تأتى به لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق، وكل امرأة يجب عليها العدة يثبت نسب ولدها من زوجها الا اذا علم يقينا أنه ليس منه بأن تجئ به لأكثر من مدة الحمل على النحو الذى سيأتى تفصيله.

٢٤٤- المطلقة بعد الدخول رجعيا:

اذا أقرت المطلقة بعد الدخول رجعيا بانقضاء عدتها بعد مدة تحتمل انقضاء العدة فيها، بأن تكون المدة التى مضت قبل الاقرار بالانقضاء ستين يوما

على المفتى به، ثم جاءت بولد لستة أشهر فأكثر من حين الاقرار، لم يثبت نسبه من مطلقها لأن اقرارها بانقضاء العدة يقطع الزوجية، ويحتمل أن يكون الحمل من غيره بعد العدة. أما اذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين الاقرار فإن نسبه يثبت وتعتبر كاذبة فى إقرارها، ويعتبر الزوج مراجعا لها فى العدة اذا زادت المدة بين الطلاق والولادة على أكثر مدة الحمل، فان لم تزد عنها لم يعد مراجعا، بل تنتهى عدتها بوضع الحمل لأن ثبوت النسب حينئذ لا يستلزم الرجعة لاحتمال حصوله قبل الطلاق.

أما اذا لم تقر بانقضاء عدتها ثبت نسب ولدها من مطلقها ولو جاءت به بعد الطلاق بسنتين أو أكثر، لأنها ان جاءت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق اعتبرت حاملا به وقت قيام الزوجية، وان جاءت به لسنتين أو أكثر اعتبر الحمل به وقت العدة لأنه يجوز للزوج مخالطتها فى وقت العدة، ويكون ذلك مراجعة لها مهما طالت المدة، لأن المرأة تعتبر ممتدة الطهر، وتمتد عدتها بامتداد الطهر حتى تبلغ سن الاياس ويثبت نسبها سترا على الأعراض وصيانة للولد من الضياع[1].

٢٤٥- المطلقة بعد الدخول بائنا:

اذا أقرت المطلقة بعد الدخول بائنا بانقضاء العدة، وكانت المدة تحتمل انقضاء العدة ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الاقرار وأقل من سنتين من وقت الفرقة ثبت نسبه من المطلق للتيقن حينئذ من أن الحمل لم يحدث بعد انقضاء العدة وتكون كاذبة فى اقرارها[2].

أما اذا جاءت به لستة أشهر فأكثر من وقت الاقرار فلا يثبت نسبه لاحتمال أن الحمل به قد حدث بعد انقضاء العدة وتقوى هذا الاحتمال باقرار المرأة بانقضاء عدتها، وكذلك لو جاءت به لتمام سنتين أو أكثر من وقت الفرقة فلا يثبت لتحقق حدوث الحمل بعد الفرقة.

---

(١) الهداية جـ٢ ص ٣٤- شرح فتح القدير جـ٤ ص٣٥١.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٥٤٠ وما بعدها.

أما اذا لم تقر بانقضاء العدة، فان جاءت به لأقل من سنتين من وقت الفرقة ثبت نسبه لاحتمال أن يكون الحمل موجودا وقت الطلاق فلا يكون هناك يقين بزوال الفراش فيثبت النسب احتياطا(١).

والنسب يحتاط فى اثباته دائما احياء للولد وكون الحمل كان موجودا عند الطلاق أو يحتمله يدعو لكى يحمل عليه احتيالا لاثبات النسب.

واذا جاءت به لتمام سنتين أو أكثر فلا يثبت نسبه للتيقن من حدوث الحمل بعد الفرقة.

وهذا اذا لم يدعه المطلق، فان ادعاه ثبت نسبه منه، ويحمل على أن المرأة قد حملت به بسبب مخالطة بشبهة.

هذا، وكل حالة يثبت فيها نسب ولد المعتدة من طلاق يثبت فيها أيضا نسب ولد المعتدة من فرقة أخرى غير الطلاق، كالفرقة بسبب الردة أو خيار البلوغ أو عدم الكفاءة، وكل حالة لا يثبت فيها النسب فى عدة الطلاق لا يثبت فيها النسب فى غيره(٢).

٢٤٦- المتوفى عنها زوجها:

اذا ادعت المتوفى عنها زوجها الحمل ولم تقر بانقضاء العدة، فانه يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الوفاة لقيام الفراش حتى حملها أو لاحتمال حدوث الحمل قبل الموت وهذا كاف فى الحكم بثبوت النسب.

أما اذا جادت به لسنتين فأكثر فلا يثبت نسبه للتيقن من حدوث الحمل بعد الموت.

وان لم تدع الحمل وأقرت بانقضاء عدتها بمضى أربعة أشهر وعشرة أيام

---

(١) الهداية جـ٢ ص٣٤.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٥٤٢.

ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من انقضاء عدتها الذى زعمته ثبت نسبه لامكان تيقن قيام الحمل وقت الاقرار ويثبت كذبها فى اقرارها[١].

واذا جاءت به لستة أشهر فأكثر من وقت الاقرار فلا يثبت نسبه من زوجها لاحتمال أن يكون حملها من غيره بعد انقضاء عدتها وقد تقوى هذا الاحتمال باقرارها بانقضاء العدة.

٢٤٧- الآيسة:

اذا كانت الآيسة معتدة من طلاق، فاذا لم تقر بانقضاء عدتها، وولدت بعد الطلاق الرجعى أو البائن فانها وذوات الأقراء سواء، لأنها بولادتها لم تكن آيسة من المحيض، بل كانت من ذوات الأقراء.

وعلى ذلك يثبت نسب ولدها من المطلق اذا ولدته لأقل من سنتين من تاريخ الطلاق البائن، ولا يثبت اذا ولدته لأكثر من ذلك، وفى الطلاق الرجعى يثبت النسب وان أتت به لأكثر من سنتين.

واذا أقرت بانقضاء العدة مطلقا غير مفسر بالأشهر بمعنى أنها لم تقل أن عدتها انتهت بالأشهر، وكان هذا الاقرار فى مدة يتصور فيها أن يكون ثلاثة أقراء، ثم ولدت بعد ذلك لأقل من ستة أشهر من الاقرار يثبت نسب الولد للمطلق لأنه كذبها ظهر بيقين اذ ثبت أن العلوق كان قبل الاقرار لحصول الولادة قبل مضى أقل مدة الحمل من تاريخ هذا الاقرار.

وان ولدت لستة أشهر فأكثر من تاريخ الاقرار لا يثبت النسب للمطلق، وذلك لأنها أقرت بانقضاء العدة مطلقا، فيحمل هذا الاقرار على الانقضاء بالأقراء وهذا هو الأصل، وما دام أن الولادة كانت لستة أشهر أو أكثر من تاريخ هذا الاقرار فيحمل كلامها على أن العلوق كان من الغير بعد انتهاء

---

(١) الهداية جـ٢ ص٣٤.

العدة، كأن تكون تزوجت بغير المطلق عقب ذلك وحملت منه، فلا يبطل اقرارها لعدم ظهور كذبها فيه يقينا.

ويشترط لكي يثبت النسب في حالة الاقرار السابقة أن تكون الولادة لأقل من سنتين أيضا منذ بانت، أما في الرجعي فلا يشترط ذلك.

واذا أقرت بانقضاء عدتها بالأشهر فقد سوى بعض الفقهاء في الحكم بين هذه الحالة وبين حالة عدم الاقرار بانقضاء العدة المار ذكرها، فقال بأن نسب الولد يثبت من المطلق الى سنتين في الطلاق البائن، والى مالا نهاية له في الطلاق الرجعي.

وأساس هذا عندهم أنها لما ولدت بطل اعتدادها بالأشهر اذ ظهر أنها لم تكن آيسة، فصارت كأنها لم تقر بانقضاء العدة، ولذلك تأخذ حكم غير المقرة بانقضاء العدة ان ولدت.

وقال آخرون: ان هذه الحالة تأخذ حكم الاقرار بانقضاء العدة مطلقا فان جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ثبت النسب وان لأكثر من ذلك لا يثبت.

أما اذا كانت الآيسة معتدة من وفاة فانها كذوات الأقراء سواء بسواء، لأن عدة الوفاة تكون بالأشهر في حق كل واحدة منهن اذا لم تكن حاملا، فالحامل عدتها تنقضي بوضع الحمل، يستوى أن يكون ذلك للموت أو غيره[1].

٢٤٨- المطلقة الصغيرة:

(أ) في حالة الطلاق قبل الدخول:

اذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق، ثبت نسبه من المطلق، لأن قيام الحمل قبل الطلاق بيقين، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر.

---

(١) الدكتور عبد العزيز عامر ص٤٩ وما بعدها.

وثبت النسب فى هذه الحالة رغم عدم الدخول لأن الأحناف لا يشترطون الدخول فى ثبوت النسب بالفراش كما أوضحنا سلفا.

واذا جاءت به لستة أشهر فأكثر، فان نسبه لا يثبت من المطلق، لأنه لا عدة لها لحصول الطلاق قبل الدخول، ولا يقال بالعدة هنا بناء على الحكم بالدخول نتيجة لحصول العلوق قبل الطلاق[1] ، لأن الولادة لأكثر من ستة أشهر لا تستلزم كون العلوق حصل قبل الطلاق، فقد يكون حصوله بعده، فلا تكون هناك عدة، لأن العدة لا تثبت مع الشك.

(ب) فى حالة الطلاق بعد الدخول:

اذا أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ولأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق، ثبت نسبه لأنه يتعين وجود الولد فى بطنها قبل انقضاء العدة وتكون كاذبة فى اقرارها.

وان جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت الإقرار ولتسعة أشهر أو أكثر من وقت الطلاق لم يثبت النسب لانقضاء العدة باقرارها، ولا يقين فى أن ما جاءت به جاء ببطنها قبل انقضاء العدة.

أما اذا لم تقر بانقضاء عدتها ولم تدع حبلا، وجاءت بولد لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه عند أبى حنيفة ومحمد سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا- وعند أبو يوسف يثبت نسبه الى سنتين فى الطلاق البائن والى سبعة وعشرين شهرا فى الطلاق الرجعى.

وحجة أبى حنيفة ومحمد أن لانقضاء عدة الصغيرة جهة واحدة فى الشرع عينها الشارع بالنص وجعلها ثلاثة أشهر، وبانقضائها يحكم الشرع بالانقضاء أقرت به أو لم تقر، فحكم الشرع بالانقضاء فوق اقرارها بالانقضاء لأنه لا يحتمل الخلف وعدم المطابقة بخلاف اقرارها، فغاية الأمر أن يجعل

---

(١) شرح فتح القدير جـ٤ ص٣٥٤.

انقضاؤها بمنزلة اقرارها، فاذا ولدت قبل مضى تسعة أشهر من وقت الطلاق تبين أن الحمل كان قبل انقضاء العدة وان ولدته لتسعة أشهر فأكثر فهو حمل حادث بعد انقضاء عدتها بالأشهر.

وحجة أبى يوسف، هى احتمال وطء المطلق للمطلقة رجعيا فى آخر عدتها وهى الثلاثة أشهر فأتت به لأكثر مدة الحمل وهى سنتان، ولذلك فرق بين المطلقة بائنا فى المدة التى يثبت فيها نسب الولد[١].

أما اذا ادعت حبلا فى الفترة العدة، فهو اقرار منها بالبلوغ فيقبل قولها وتصبح كالكبيرة فى ثبوت نسب الولد. غير أن هذا القول لا يؤخذ باطلاقه، وانما يقصد به أنها كالكبيرة فى أنه لا يقتصر فى حق ثبوت النسب على أقل من تسعة أشهر، فاذا كان طلاقها بائنا يثبت نسب ولدها لأقل من سنتين وان كان رجعيا يثبت نسبه اذا أتت به لأقل من سبعة وعشرين شهرا لا مطلقا كالكبيرة، لأن ثبوت نسب ولد الكبيرة المطلقة رجعيا لأكثر من سنتين وان طال الى سن الاياس بنى على جواز امتداد طهرها ووطئه اياها فى آخر الطهر[٢]. بخلاف الصغيرة لأن عدتها ثلاثة أشهر فيحتمل وطؤها فى آخر عدتها ثم تحبل سنتين، فلا بد من أن تكون قد أتت به لأقل من سبعة وعشرين شهرا حتى يثبت نسبه.

٢٤٩- الصغيرة المتوفى عنها زوجها:

اذا أقرت الصغيرة المتوفى عنها زوجها بالحبل كانت كالكبيرة، فيثبت نسب ولدها من المتوفى الى سنتين.

وان أقرت بانقضاء عدتها بعد أربعة أشهر وعشرة أيام، ثم جاءت بالولد

(١) شرح فتح القدير جـ٤ ص٣٥٤ وما بعدها- البحر الرائق جـ٤ ص١٥٩.

(٢) البحر الرائق جـ٤ ص١٥٩.

لأقل من ستة أشهر من وقت اقراها ثبت نسب الولد من المتوفى لتيقن وجود الحمل فى بطنها وقت الاقرار وتكون كاذبة فى إقرارها. وان أتت به لستة أشهر فصاعدا من وقت الاقرار لم يثبت نسبه من المتوفى لاحتمال حدوث الحمل بعد الاقرار.

وان لم تدع الحبل، ولم تقر بانقضاء العدة، فقد ذهب أبو حنيفة ومحمد أن نسب ولدها يثبت من المتوفى اذا أتت به لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام من الوفاة لأنه تيقن وجوده قبل انقضاء عدة الوفاة، وان أتت به لعشرة أشهر وعشرة أيام فأكثر لا يثبت نسبه من المتوفى.

أما أبو يوسف فقد ذهب الى أنها اذا أتت به لأقل من سنتين من الوفاة يثبت نسبه من المتوفى، وان أتت به لسنتين فأكثر لم يثبت، لأنه اعتبر سكوتها بمنزلة الاقرار بالحبل.

٢٥٠- قيد عدم سماع دعوى النسب لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها الوارد بالمادة(١٥) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩:

نصت المادة (١٥)من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن «لا تسمع عند الانكار دعوى النسب... ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها اذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة».

وهذه المادة لم تحدد أقصى مدة الحمل بسنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة، ولم تمنع ثبوت النسب بعد مضى هذه المدة، لأنها لم تتعرض لثبوت النسب أو نفيه. وعلى ذلك فان حكم المذهب الحنفى ما زال ساريا فى أقصى مدة النسب بالتفصيل السابق.

وانما أتت المادة بقيد على سماع دعوى النسب مقتضاه أن دعوى النسب لولد المطلقة (رجعيا أو بائنا) والمتوفى عنها زوجها لا تسمع عند الانكار اذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة، وعلى ذلك اذا لم ينكر المطلق أو ورثة الزوج بحسب الأحوال النسب تكون الدعوى مسموعة.

وقد بنى هذا القيد على ما ثبت من رأى أهل الخبرة (الطبيب الشرعى) أن أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوما وأن هذه تتسع للحالات النادرة، وقد جاء ذلك متفقا مع رأى محمد بن الحكم من فقهاء المالكية.

وقد حدا الشارع الى وضع هذا القيد ما رآه من أن العمل بالأحكام الواردة بالمذهب الحنفى مع شيوع فساد الذم وسوء الأخلاق أدى الى الجرأة على ادعاء نسب أولاد غير شرعيين والى تقديم شكاوى عديدة، وقد استند الى ما هو جائز شرعا لولى الأمر أن يمنع قضاته من سماع بعض الدعاوى التى يشاع فيها التزوير والاحتيال ودعوى نسب ولد بعد مضى سنة من تاريخ الطلاق بين الزوجين أو وفاة الزوج ظاهر فيها الاحتيال والتزوير.

ولما كان القصد من هذا القيد الحفاظ على نسب المولودين والقضاء على التزوير والاحتيال من جانب بعض المطلقات والمتوفى عنهن أزواجهن، فان هذا القيد يضحى متعلقا بالنظام العام، وتتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها دون دفع من الخصم.

(راجع ما جاء بالمذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بند ٢٣٩).

وقد قضت محكمة النقض- دائرة الأحوال الشخصية- بأن:

١- «من المقرر وفقا لحكم المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد المطلقة اذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق واذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن قد ولد فى سنة ١٩٥٠ أى بعد ست سنوات من الطلاق، وقد أنكره مورث المطعون عليهم حال حياته، كما أنكر قيام أية علاقة زوجية جديدة بينه وبين والدة الطاعن بعد الطلاق، وكان الحكم قد دلل على عدم قيام الزوجية بعد

الطلاق على أسباب سائغة، فان النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس».

(طعن رقم ١ لسنة ٤١ق- جلسة ١٩٧٥/١/٢٩).

٢- «مفاد نص المادة الخامسة عشرة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية، أن المشرع الوضعى منع سماع دعوى النسب لأى معتدة من طلاق ان جاءت بولد لأكثر من سنة شمسية من وقت الطلاق أخذا بأن الطبيب الشرعى- وعلى ما أوردته المذكرة الايضاحية- يعتبر أقصى مدة للحمل ٣٦٥ يوما حتى تشمل جميع الأحوال النادرة، لما كان ما تقدم وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه على أن المطعون عليها أقرت بما يفيد أنها طهرت من الوضع وأنها أصبحت حرثا لزوجها وصالحه لمعاشرته بعده، وأنها اذ طلقت طلقة رجعية فى ١٩٧٠/١٢/٧ دون أن تقر بانقضاء عدتها منه، وكانت ولادتها للصغيرة ثابتة الوقوع فى ١٩٧١/٨/١٢ أى لأقل من سنة وقت الطلاق الرجعى، ورتب على ذلك أن نسبة الصغيرة للطاعن تكون ثابتة، فان هذا الذى خلص اليه الحكم لا ينطوى على مخالفة للقانون لاحتمال أن بدء الحمل كان قبل الطلاق والمطعون عليها على عصمته أو أنه كان بعده وهى فى عدته».

(طعن رقم ٣٠ لسنة ٤٦ق- جلسة ١٩٧٨/٣/١)

٣- «النص فى المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد المطلقة اذا أتت به لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق انما تدفع به الدعوى التى يكون فيها الزواج السابق سببا لثبوت نسب الولد بما أفاد به الطبيب الشرعى وعلى ما ورد بالمذكرة الايضاحية من اعتبار أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوما حتى تشمل جميع الأحوال النادرة مما مقتضاه عدم سريان حكم النص على دعوى نسب الولد الذى أتى بعد الطلاق من فراش صحيح لاحق عليه ويثبت به النسب شرعا وهو الزواج

وملك اليمين وما يلحق به وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهة، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وقضى برفض دفع الطاعن بعدم سماع دعوى المطعون عليها طبقا للنص المذكور على سند من أنه بعد طلاقه لها عاشرها زوجة له حتى انجاب الصغيرين فانه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون. والنعى مردود فى وجهه الثانى بأن دعوى المطعون عليها هى دعوى نسب وهى باقية على حكمها المقرر فى الشريعة ويجوز اثباتها بالبينة وأن الحكم لم ينظر اليها الا مجردة عن دفع الطاعن بعدم سماع دعوى الزوجية...الخ» .

(طعن رقم ٦٥ لسنة ٥٤ق- جلسة ١٩٨٥/٣/٢٦).

٤- « عدم سماع دعوى النسب لولد المطلقة عند الإنكار . شرطه. أن تأتى به بعد سنة من انقضاء فراش الزوجية . علة ذلك» .

(طعن رقم ١٨٢ لسنة ٦٣ق- جلسة ١٩٩٧/٦/٢٤)

٢٥١- نسب ولد المطلقة بائنا والمعتدة من وفاة اذا تزوجت:

اذا تزوجت المطلقة بائنا، فولدت لأقل من سنتين من تاريخ ابانتها، ولأقل من ستة أشهر من وقت زواجها، ثبت نسب الولد من مطلقها لأنه لا يمكن أن يكون من الزواج الثانى لأنه جاء لأقل من مدة ستة أشهر وهى أدنى مدة للحمل، فقد كان الحمل فى بطنها وقت الزواج الثانى.

أما اذا ولدت لأكثر من سنتين من تاريخ ابانتها ولستة أشهر من وقت زواجها، ثبت نسب الولد من الزواج الثانى لأن ذلك ممكن، ولا يتصور كونه من المطلق لانقضاء أكثر من أقصى مدة الحمل على تاريخ ابانتها.

واذا ولدت لأكثر من سنتين من تاريخ ابانتها ولأقل من ستة أشهر من وقت الزواج الثانى فلا يثبت الولدلا من المطلق ولا من الزوج الثانى.

فلا يثبت نسبه من المطلق لأنها أتت به لأكثر من سنتين من تاريخ ابانتها، فلا يكون الحمل قد حصل قبل الطلاق.

ولا يثبت نسبه من الزوج الثانى، لأنها أتت به لأقل من ستة أشهر من تاريخ زواجه وهى الحد الأدنى للحمل.

وإذا ولدت لأقل من سنتين من إبانتها، ولستة أشهر من وقت الزواج الثانى، فقد أمكن جعله من الأول أو الثانى.

فقد جاء بالدر المختار أنه للأول لكنه نقل عن البدائع انه للثانى، لأن اقدامها على التزوج دليل انقضاء عدتها فكان بمنزلة ما اذا أقرت بانقضاء عدتها، حتى لو علم بالعدة فالنكاح فاسد وولدها للأول ان أمكن اثباته منه بأن تلد لأقل من سنتين منذ طلق أو مات. أما اذا لم يمكن اثباته منه بأن جاءت به لأكثر من سنتين منذ بانت ولستة أشهر منذ تزوجت فالولد للثانى كما جاء فى البحر نقلا عن البدائع[1].

٢٥٢- نسب ولد من غاب عنها زوجها فتزوجت بآخر:

اذا غاب الزوج عن امرأته، وبلغها طلاقه لها أو موته فاعتدت وتزوجت بآخر، ثم جاء الزوج الأول، فاذا كانت قد أتت بولد فالولد للثانى على المذهب الذى رجع اليه الامام أبو حنيفة وعليه الفتوى، ان احتمله الحال، بأن تكون قد ولدته لستة أشهر فأكثر من وقت النكاح، أما اذا حصلت الولادة لأقل من ذلك فلا يثبت الولد للثانى[2].

٢٥٣- ثبوت النسب فى الزواج الفاسد:

الزواج الفاسد هو الذى يفقد شرطا من شروط صحته، كالزواج بلا شهود.

والزواج يثبت فى الزواج الفاسد بالفراش احتياطا فى اثباته احياء للولد وحتى لا يبقى بدون والد يربيه.

---

(١) تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ٣ ص٥٥٥.

(٢) تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ٣ ص٥٥٢ وما بعدها.

عير أن المرأة لا تكون - طبقا للرأى الراجح فى المذهب الحنفى[١] - فراشا بالعقد الفاسد، بل بالدخول الحقيقى، فاذا لم تدخل المرأة وأتت بولد لا يثبت نسبه بالفراش الا اذا ادعاه الزوج ولم يصرح أنه من الزنا.

أما اذا دخلت وأتت بولد لستة أشهر فأكثر من حين الدخول الحقيقى ثبت نسبه الى الزوج دون ادعاء الولد.

واذا أتت به بعد المتاركة فى الزواج الفاسد لأقل من سنتين ثبت نسبه واذا أتت به لأكثر من ذلك لا يثبت نسبه.

وعلى ذلك يمكن القول بأنه يشترط لثبوت النسب بالفراش فى الزواج الفاسد ما يأتى:

١- وجود عقد زواج فاسد.

٢- حصول دخول حقيقى بناء على عقد الزواج الفاسد.

٣- أن تأتى الزوجة بالولد لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقى، وفى مدة لا تزيد على سنتين من تاريخ المتاركة.

وترتيبا علي ذلك قضت محكمة النقض بأن:

«النسب. ثبوته. بالفراش الصحيح وملك اليمين وما يلحق به. عدم عرض الحكم المطعون فيه لدفاع الطاعنة أن المطعون ضده راجعها وأن هناك زواجا فاسدا أو بشبهة تم بينهما وأن الصغيرتين كانتا ثمرة هذا الزواج قصور».

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٦١ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٢/٢/١٥).

٢٥٤- ثبوت النسب بالوطء بشبهة:

(راجع الكتاب الأول بنود ٦٧ وما بعده).

(١) وهو رأى محمد، أما أبو حنيفة وأبو يوسف فان مناط ثبوت النسب عندهما من تاريخ العقد.

٢٥٥- نفى النسب باللعان:

أوضحنا سلفا أنه اذا توافرت شروط النسب بالفراش ثبت نسب الولد الى الرجل دون دليل آخر. ولا يستطيع الرجل نفى نسبه إلا بعد إجراء اللعان الشرعى.

واللعان لا يكون الاعند ثبوت نسب الولد بالزواج الصحيح، سواء كان فراش الزوجية قائما، أو فراش عدة من طلاق رجعى. أما فى المطلقة بائنا فان النسب لا ينفى أصلا لأن نفيه متوقف على اللعان، وشرط اللعان عند الحنفية قيام الزوجية أو ما فى حكمها وهى عدة الطلاق الرجعى. ولذلك يكون الفراش الثابت بالزواج الفاسد أقوى من الفراش الثابت بالزواج الصحيح، كما يقول الحنفية.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١ - « من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الإسلامية أن النسب يثبت بالفراش ، وفى حال قيام الزوجية الصحيحة إذا أتى الولد لستة أشهر على الأقل من وقت الزواج وكان يتصور الحمل من الزوج بأن كان مراهقا أو بالغا ثبت نسب الولد من الزوج بالفراش دون حاجة إلى إقرار أو بينة، وإذا نفاه الزوج فلا ينتفى إلا بشرطين أولهما: أن يكون نفيه وقت الولاده وثانيهما : أن يلاعن امرأته فإذا تم اللعان بينهما مستوفيا لشروطه فرق القاضى بينهما ونفى الولد عن أبيه وألحقه بأمه، والأصل فى النسب الاحتياط فى ثبوته ما أمكن فهو يثبت مع الشك وينبنى على الاحتمالات النادرة التى يمكن تصورها بأى وجه حملا لحال المرأة على الصلاح وإحياء للولد، لما كان ذلك وكان المطعون ضده لم ينكر قيام الزوجية بينه وبين الطاعنة، وأنه وإن نفى نسب المولودة «رضا» إليه عقب ولادتها مباشرة إلا أنه لم يلاعن امرأته ومن ثم فلا ينتفى

نسبها منه، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض دعوى الطاعنة بثبوت نسب الصغيرة للمطعون ضده، وفى دعوى المطعون ضده بنفى نسب الصغيرة إليه، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه».

(طعن رقم٤٧لسنة ٦٣قضائية- أحوال شخصية-جلسة ١٩٩٧/١/٢٧)

٢- « الفراش . ماهيته. ثبوت النسب بالفراش عند قيام الزوجية الصحيحة. شرطه. نفى الزوج نسب الولد. شرطه. أن يكون نفيه وقت الولادة وأن يلاعن امرأته. تمام اللعان مستوفيا شروطه. أثره. التفريق بينهما ونفى الولد عن أبيه وإلحاقه بأمه الاحتياط فى ثبوت النسب . مؤداه. ثبوته مع الشك وابتناؤه على الاحتمالات النادرة. علة ذلك».

(طعن رقم ٣٣٦ لسنة ٦٣ قضائية -أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/٣/١٦)

وقد قضت محكمة استئناف القاهرة بأن:

«نص الفقهاء على أن الفراش أربع مراتب أولها ضعيف وهو فراش الأمة لا يثبت به النسب الا بدعوى، وثانيهما متوسط وهو فراش أم الولد فانه يثبت بلا دعوى لكنه ينفى بالنفى وثالثهما قوى وهو فراش المنكوحة ومعتدة الطلاق الرجعى فانه لا ينتفى الا باللعان ورابعها وهو الأقوى كفراش معتدة البائن والزواج الفاسد فان الولد لا ينتفى أصلا لأن نفيه متوقف على اللعان وشروط اللعان الزوجية الصحيحة».

(استئناف رقم ٥٢ سنة ٧٩ق أحوال شخصية- جلسة ١٩٦٣/١/١٩).

ويشترط لاجراء اللعان الشرعى توافر الشروط الآتية:

١- أن يتوافر لدى كل من الزوجين الاسلام والحرية والعقل والبلوغ والنطق وعدم سبق الحد فى قذف، لأن اللعان شهادات أمام القضاء فلا يصح الا ممن هو أهل للشهادة على المسلم طبقا للمذهب الحنفى.

٢- أن ينفى الزوج نسب الولد، وقت الولادة أو وقت الاعداد لها بشراء ما تحتاج اليه الولادة، أو فى مدة التهنئة المعتادة بالمولود على حسب عرف أهل البلد. هذا اذا كان الزوج حاضرا وقت الولادة، وان كان غائبا فوقت علمه بالولادة.

وعلى هذا نصت المادة (٣٣٦) من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية بقولها:

«انما يصح نفى الولد فى وقت الولادة أو عند شراء أدواتها أو فى أيام التهنئة المعتادة على حسب عرف أهل البلد واذا كان الزوج غائبا فحالة علمه كحالة ولادتها»[١].

٣- الايكون الزوج أقر بالولد صراحة أو دلالة، كقبوله التهنئة أو سكوته عندها وعدم رده[٢].

---

(١) وقد جاء بالتنوير وشرحه الدر المختار جـ٦ ص٤٩١: «نفى الولد الحى عند التهنئة ومدتها سبعة أيام عادة»، وقد علق ابن عابدين على ذلك بقوله: «قوله ومدتها سبعة أيام عادة أشار به الى أنه لم يقدر زمنها بشئ كما هو ظاهر الرواية وعن الامام تقديره بثلاثة أيام وفى رواية الحسن سبعة وضعفه السرخسى بأن نصب المقادير بالرأى لا يجوز شرنبلالية وعندهما «يقصد أبا يوسف ومحمد» تقديره عدة النفاس».

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٥٤ وما بعدها- وقد ذهب الى أن قاعدة «لا ينسب الى ساكت قول» خرجت عنها مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق منها «.. سكوت الزوج عند ولادة المرأة وتهنئته اقرار به فلا يملك نفيه».

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

(أ) «الاقرار كما يكون باللفظ الصريح يجوز- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يستفاد من دلالة التعبير، أو من السكوت فى بعض المواضع التى يعتبر الساكت فيها مقرا بالحق بسكوته استثناء من قاعدة ألا ينسب لساكت قول ومنها سكوت الوالد بعد تهنئة الناس له بالولد بعد ولادته، فقد اعتبر سكوته في هذه الحالة اقرارا منه بأنه ابنه فليس له ان ينفيه بعد ذلك، وكان ما أورده الحكم المطعون فيه في مقام التدليل على ثبوت نسب المطعون عليها من أمها المتوفاة يتفق وصحيح القواعد الشرعية المعمول بها فى فقه الحنفية ذلك أنه حصل فى ظروف قيد ميلادها باعتبارها ابنة المتوفاة، تقديم الأخيرة طلبها لاستخراج صورة من هذا القيد فى اليوم التالى لاجرائه وتسليمها المستخرج موضحا به أنها والدة البنت المقيدة وعدم اعتراضها على ذلك، اقرار المتوفاة بأمومتها للمطعون عليها، هو تحصيل صحيح شرعا لجواز الاستدلال على ثبوت البنوة بالسكوت المفصح عن الاقرار به».

(طعن رقم ١٧ لسنة ٤٦ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٧٨/٢/٢٢).

ب- «وحيث أن هذا النعى مردود ذلك أن المقرر فى فقه الأحناف أنه اذا كان الحمل ظاهرا وصدر الاعتراف به من الزوج فان النسب يثبت قبل الولادة لما فى البطن وكان نفى نسب الولد- وعلى ما جرى به فقه الأحناف- لا يكون معتبرا، ولا يقطع النسب الا بشروط منها أن يكون النفى عند الولادة وعند التهنئة، ومنها ألا يسبق النفى اقرار بالنسب لا نصا ولا دلالة، فان سبق لا يصح النفى، فاذا قال الولد منى أو سكت عند التهنئة بولادته ثم نفاه بعد ذلك لا يقبل منه لأن النسب بعد الثبوت صار حقا للولد فلا يمكن الرجوع فيه، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعن على ما اطمأنت اليه المحكمة من شهادة الاثبات من أن الطاعن أقر على وجه القطع واليقين بأبوته للصغيرة «صفاء» وكان تقدير

أقوال الشهود والقرائن مما يستقل به قاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض متى كان ذلك مقاما على أسباب سائغة وكان ما استخلصه الحكم المطعون فيه من أقوال الشهود وما استنبطه من القرائن من شأنه أن يؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها ويبرر قضاءه فان ما يثيره الطاعن لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير محكمة الموضوع للأدلة بغية الوصول الى نتيجة أخرى غير التى أخذ بها الحكم بعد أن اطمأن اليها بما لا تجوز اثارته أمام محكمة النقض».

(طعن رقم ١٢٤ لسنة ٥٦ق- أحوال شخصية-١٩٨٩/٣/٢٨).

٤- ألا يكون قد أقر بالبعض اذا كان المولود أكثر من ولد، ذلك أن الاقرار بالبعض اقرار بالكل، لأنهما أو لأنهم من ماء واحد عند الحنفية.

٥- أن يكون الولد حيا عند الحكم بنفى النسب بعد اجراء اللعان والقضاء بنفيه عنه، فلو مات قبل القضاء بنفى نسبه لا ينتفى النسب، لأنه بالموت قد انتهى واستغنى عن النفى فلا يمكن نفى الميت ولأن النفى حكم على الولد،والميت لا يحكم عليه اذا لم يحضر له خصم، ولا يتصور خصم عن الميت هنا.

واذا انتفى نسب الولد باللعان لا يجوز عند الحنفية أن يلحق بغيره ولو ادعاه لاحتمال أن يكذب الزوج نفسه ويعترف بنسبه.

ونفى نسب الولد باللعان يترتب عليه اعتباره أجنبيا عن الملاعن فى النفقة فلا تجب نفقة أحدهما على الآخر وفى الارث فلا توارث بينهما كما لا توارث بين هذا الولد وبين أقارب الملاعن.

وذكر الفقهاء أن الولد لا يكون أجنبيا عن الملاعن فى الأمور الآتية:

١- **الشهادة**: فلا تجوز شهادة أحدهما للآخر، لأن شهادة الأصول للفروع والعكس لاتقبل.

٢- **الزكاة:** فلا يجوز صرف زكاة مال أحدهما للآخر، لأن الزكاة حق للفقير الأجنبي.

٣- **القصاص:** فلا يقتص من الملاعن بقتله الولد الذى نفاه اذ لا يقتص من الأب بقتله ابنه عند أبي حنيفة، وان كان يعاقب بغير القصاص تعزيرا.

٤- **المحرمية:** فلو كان لابن الملاعنة ابن وللزوج بنت من امرأة أخرى فلا يجوز للابن أن يتزوج بهذه البنت، وكذلك لا يجوز للولد المنفى أن يتزوج ابنة الزوج من زوجة أخرى غير أمه.

(راجع تفصيلات أخرى فى اللعان الكتاب الأول بند ١٣ وما بعده).

موضوع رقم (١٧)

ثبوت النسب بالاقرار

٢٥٦- معنى الاقرار بالنسب:

الاقرار بالنسب، هو اخبار الشخص بوجود النسب (القرابة) بينه وبين شخص آخر.

ويسمى الفقهاء الاقرار بالنسب (النسب بالدعوة).

والاقرار بالنسب نوعان:

الأول: اقرار ليس فيه تحميل النسب على غير المقر، أى أنه لا يتوقف ثبوت النسب فيه من المقر على ثبوته من غيره، وذلك هو الاقرار بالبنوة المباشرة بالأبوة وبالأمومة، كأن يقول الرجل هذا المولود ابنى، أو يقول الولدهذا الرجل أبى أو يقول هذه المرأة أمى.

فالمقر هنا حمل النسب على نفسه، ولم يحمله على غيره، فلا يشترط هنا أن يثبت النسب من الغير حتى ينسحب على المقر.

والثانى: اقرار فيه تحميل النسب على الغير، أى أنه يتوقف فيه ثبوت النسب من المقر على ثبوته من غيره، وذلك كالاقرار بالاخوة والعمومة، وكالاقرار بأن فلانا جده.

فمثلا لا يثبت للمقر فى المثال الأول الا اذا ثبت نسب من أقر بانه أخوه (المقر له) لأبيه.

٢٥٧- شروط ثبوت النسب فى حالة الاقرار بالبنوة:

يشترط لثبوت النسب فى حالة الاقرار بالبنوة توافر الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب:

ويكون المقر له بالبنوة مجهول النسب- على ما ذهبت اليه محكمة النقض- اذا كان لا يعلم له أب فى البلد الذى ولد فيه وفى البلد الذى يوجد به. اذ قضت بأن:

١- «... ولئن اختلفت الأقوال فى مذهب الحنفية حول متى يعتبر الشخص مجهول النسب، فذهب البعض الى أنه من لا يعلم له أب فى البلد الذى ولد فيه وقرر البعض الآخر أنه الذى لا يعلم له أب فى البلد الذى يوجد به الا أن القول على أنه يراعى فى الحكم بجهالة النسب عدم معرفة الأب فى البلدين معا دفعا للحرج وتحوطا فى اثبات الأنساب».

(طعن رقم ٢ لسنة ٤٣ق أحوال شخصية ١٩٧٦/٣/١٠).

٢- «الإقرار بالأبوة. شرطه. أن يكون المقرله مجهول النسب. الشخص مجهول النسب فى الفقه الحنفى. بيانه. قيد اللقيط بدفاتر الملجأ باسم ولقب معين. لا يفيد أنه معلوم النسب. علة ذلك».

(طعنان رقما ١١٨،١٨٧ لسنة ٦٠ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٤/٤/٢٦)[(١)].

---

(١) أما تكملة ابن عابدين (قرة عيون الأخبار) جـ٨ طبعة ثانية ١٩٦٦ص ١٧٩ فقد جاء به: «قال العلامة الرحمتى اذا كان مجهول النسب فى أحد المكانين أى بلده أو بلد هو فيها يقضى بصحة الدعوى لكن مجهول النسب فى موضع الدعوى اذا قضى بثبوت نسبه من المدعى ثم جاءت بينة من مولده بأنه معلوم النسب من غير المدعى تبطل بها تلك الدعوى، أما لو كان مجهول النسب فى مولده فلا تنقضى الدعوى بعد ثبوتها».

فلو كان للولد نسب معروف لم يصح الإقرار، لأن الشخص لا يكون له أبوان. ولا يقال أن النسب ينتفى من الأول ويثبت من الثانى لأن النسب متى ثبت لا يقبل الفسخ كما لا يقبل التحويل، كما سنرى.

وولد الملاعنة الذى حكم بنفيه عن الزوج لا يعتبر مجهول النسب، فلا يصح لأحد غير الملاعن أن يدعى نسبه، واذا ادعاه فلا يثبت نسبه منه ولوصدقه الولد، لأن الولد المنفى قد جاءت به أمه فى حال قيام الفراش الصحيح، فراش الزوجية والحكم بنفيه عن الزوج لا يدل بصفة قاطعة على صدق الملاعن فى قذفه فانه يحتمل أن يكون الولد ولده فى الواقع. وربما يكذب نفسه فيثبت نسبه منه، ولأن فى قبول هذا الاقرار تسجيلا للفاحشة على المرأة.

وقد قضت محكمة النقض- دائرة الأحوال الشخصية- بأن:

١- «النسب كما يثبت فى جانب الرجل- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- بالفراش وبالبينة يثبت بالاقرار، ويشترط لصحة الاقرار بالبنوة أن يكون الولد مجهول النسب لا يعرف له أب، وهو بعد الاقرار به لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال، كما أن الاقرار بالبنوة أن يكون الولد مجهول النسب لا يعرف له أب، وينتفى به كونه من الزنا».

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٤٦ق- جلسة ١٩٧٩/٣/٧).

٢- «المقرر فى فقه الأحناف أنه يشترط لصحة الاقرار بالأبوة أن يكون الولد المقر له مجهول النسب فان كان معروفا نسبه من غير المقر لا يثبت نسبه منه بمجرد الاقرار لأنه لايمكن ثبوت نسبه من رجلين بل لابد أن ينتفى أحدهما».

(طعن رقم ٢١ لسنة ٤٧ق- جلسة ١٩٨٠/٥/٢١).

٣- « الإقرار بالأبوه . شرطه. أن يكون الولد المقر له مجهول النسب . كونه معلوم نسبه من غير المقر. أثره. علم ثبوت النسب بمجرد الإقرار.علة ذلك».

(طعن رقم ٣٥٥ لسنة ٦٣ ق- جلسة ١٩٩٨/٥/١١)

الشرط الثانى: ان يكون المقر له بالبنوة مما يولد مثله لمثل المقر:

ويتحقق ذلك بأن يكون بين المقر والمقر له بالنسب مدة تحتمل ذلك، فلو كانا فى سنين متساويين أو متقاربين فى السن لا يصح الاقرار، لأن المقر كاذب فى اقراره بحسب الواقع وشهادة العقل.

وأقل فرق بين السنين يصدق الاقرار معه اثنتا عشرة سنة وستة أشهر لأن أقل سن تصدق فيه دعوى البلوغ اثنتى عشرة سنة بالنسبة للفتى(١).

الشرط الثالث: ان يصادق المقر له بالنسب المقر فى اقراره اذا كان مميزا:

يشترط أن يصادق المقر له بالنسب المقر فى اقراره اذا كان أهلا للمصادقة بأن يكون مميزا وسن التمييز سبع سنوات فأكثر، لأن الاقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتعداه الى غيره الا ببينة أو تصديق من ذلك الغير.

أما اذا كان المقر له غير مميز اعتبر مصادقا لأن فائدة ثبوت نسبه من المقر تعود عليه فى الأعم الأغلب من الناحية المادية لأنه سيلتزم بالانفاق عليه والقيام بشئونه. وأما من الناحية الادبية فالمنفعة محققة لأن نسبه يثبت بعد أن كان مجهولا فلو كان هذا الصبى مميزا لبادر الى المصادقة على الاقرار بالنسب.

ولا يشترط أن تكون المصادقة فى حياة المقر فلو مات المقر بعد الاقرار صحت المصادقة بعد وفاته، لأن النسب يبقى بعد الموت(٢).

وفى هذه افتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ٩ من ربيع الأول سنة ١٣٢٢هـ بأن:

«صرحوا بأنه أقر بغلام مجهول يولد لمثله أنه ابنه وصدقه الغلام ان كان

---

(١) تكملة ابن عابدين جـ٨ ص١٧٩.

(٢) الهداية شرح بداية المبتدى جـ٣ ص١٩١.

يعبر عن نفسه ثبت نسبه ولو مريضا. ويشارك الورثة، وأنه يصح تصديق المقر له بعد موت المقر كما فى البحر فى اقرار المريض. وحيث أقر الرجل المذكور ببنوة هذا الولد الذى يولد لمثله وصدقه فى ذلك الاقرار بعد موته متى كان يعبر عن نفسه فقد ثبت نسبه منه ويشارك الورثة فى تركته بالطريق الشرعى، ولا يكون غيابه وقت الاقرار مانعا من ذلك. والله أعلم».

والولد غير المميز اذا كبر لا يكون له أن ينكر النسب، لأن النسب اذا ثبت لا يقبل الابطال لا من الأب ولا من الابن.

واذا كذب المقر له بالنسب المقر فى اقراره، لا يثبت النسب انما يظل الاقرار قائما لاحتمال أن يرجع المقر له عن تكذيبه ويصدق المقر فيثبت نسبه منه، فالاقرار بالنسب لا يبطل بالرد من المقر له، بخلاف الاقرار بالحقوق المالية فانه يبطل بالرد[1].

الشرط الرابع: الا يصرح المقر ان المقر له من الزنا:

يشترط ألا يصرح المقر أن المقر له ولد من الزنا، لأن الزنا لا يصلح سببا للنسب لقوله عليه السلام: ﴿الولد للفراش وللعاهر الحجر﴾، ولأن نعمة النسب لا تثبت بجريمة الزنا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٩٢/٣/٣١ فى الطعن رقم ٨٩ لسنة ٥٩ق «أحوال شخصية» بأن:

«النسب. ثبوته. بالفراش. مؤدى ذلك. الزنا لا يثبت نسبا».

وانما يثبت نسب الولد اذا لم يقر أنه من الزنا معاملة له باقراره وصونا للولد

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٥٣ وقد جاء به: «المقر له اذا كذب المقر بطل إقراره، الا فى الاقرار بالحرية والنسب وولاء العتاقة كما فى شرح المجمع معللا بأنها لا تحتمل النقض».

س الضياع وحملا لحال أبويه على الصلاح بتقدير أن الرجل كان زوجا للمرأة فى السر أو أنه وطئها بشبهة فحملت منه[١].

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٨٦/٥/٢٧ في الطعن رقم ٦٠ لسنة ٥٥ق بأن:

«المقرر شرعا أن النسب يثبت بالاقرار وأن من أقر لمجهول النسب أنه ولده ولم يصرح فى اقراره بأنه ابنه من الزنا، فهو معترف ببنوة هذا الولد حقيقة وأنه خلق من مائه، سواء أكان صادقا فى الواقع أم كاذبا فيثبت لهذا الولد شرعا جميع أحكام البنوة[٢]»

(أنظر أيضا نقض ١٩٧٥/٢/٥ منشوربند ٢٧١).

٢٥٨- آثار الاقرار بالنسب:

اذا أقر الرجل بنسب الولد، ثبت النسب بهذا الاقرار معاملة له باقراره ويعتبر الولد ولدا حقيقيا للمقر من كل الوجوه، ويثبت له جميع حقوق الأبناء على الآباء وتجب عليه جميع واجبات الأبناء للآباء، كما تثبت له جميع الصلات النسبية المترتبة على نسبته الى أبيه.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«الإقرار بالنسب. ماهيته. إخبار عن صلة ثابتة ومستقرة فى الواقع وليس إنشاء له. إقرار الأب بالبنوة قبل وفاته. سريانه فى حقه وحق غيره سواء مثل هذا الغير فى الدعوى أو لم يمثل».

---

(١) على حسب الله ص٢٣٧.

(٢) وقد أفتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٦٨/٦/٢٤ بأنه لو صرح المقر أن المقر له ولده من الزنا أو التبنى فان الاقرار يقع باطلا.

(طعن رقم ٩٩ لسنة ٥٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩١/٦/١١).

ولا يترتب على ثبوت بنوة المقر له للمقر ثبوت زوجية المقر بـأم المقر له لاحتمال أن يكون الولد من دخول بها بشبهة أو من دخول بها فى عقد زواج فاسد ولا تثبت الزوجية مع هذا الاحتمال.

(راجع نقض ١٩٨٦/٥/٢٧- منشور بالبند السابق).

٢٥٩- اقرار المرأة بالبنوة:

يقبل اقرار المرأة بالبنوة، كما يقبل اقرار الرجل بها.

ويشترط فى اقرار المرأة بالبنوة توافر ثلاثة شروط هى:

١- ألا يكون للولد أم معروفة.

٢- أن يكون المقـر له بالبنوة مما يولد مـثله لمثل المقـرة. وأقل فـرق بين السنين يصدق معه الاقرار تسع سنين ونصف[١].

٣- أن يصدقها الولد ان كان مميزا.

ولا يشترط عدم تصريح المرأة بأن الولد من الزنا[٢]، لأن ولد الزنا يثبت نسبه من أمه وان كان لا يثبت ممن زنى بها، اذ ولد الزنا ابن المزنى بها حقيقة بصرف النظر عن أبيه، وثبوت نسبه منه أو عدم ثبوته.

ويقتصر النسب عليها اذا لم تكن زوجة ولا معتدة لأن هذا الاقرار الزام لنفسها دون غيرها فينفذ عليها[٣].

---

(١) تكملة ابن عابدين جـ٨ ص١٧٩.

(٢) تكملة ابن عابدين جـ٨ ص١٨٣.

(٣) ويلاحظ أن: «الحمل مما يخفى على المرأة ويغتفر التناقض فيه»

«نقض طعن ٢٣ لسنة ٣٠ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٦٣/١/٢».

واذا كانت زوجة أو معتدة من زواج صحيح أو فاسد وادعت أن الولد من زوجها، فاذا صدقها الزوج ثبت نسبه منه لأن فى اقرارها تحميل للنسب على غيرها وهو الزوج، أما اذا لم يصدقها فلا يثبت نسبه منه، الا اذا أقامت البينة على أن الولد ولد بفراشه، بشهادة القابلة أو أى امرأة أخرى من أهل العدالة، اذا كان معترفا بالزوجية، وبحجة كاملة أى بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين اذا كان منكرا للزوجية[1].

وقد قضت محكمة النقض- دائرة الأحوال الشخصية- بأن:

١- «اقرار المرأة المتزوجة بالأمومة من زوجها لا يثبت به النسب الا اذا صدقها الزوج لأن اقرارها بالولد فى هذه الحالة فيه تحميل نسبه على الزوج، فلا يلزم بقولها الا عند مصادقته، فيثبت حينذاك نسب الولد منها».

(طعن رقم ٢ لسنة ٤٣ق- جلسة ١٩٧٦/٣/١٠).

٢- «نسب الولد يثبت من المرأة التى تقر بأمومتها له متى لم تكن له أم معروفة، وأن يكون ممن يولد مثله لمثلها وأن يصادقها المقر على اقرارها ان كان فى سن التمييز دون توقف على شئ آخر ودون حاجة الى اثبات، سواء كانت الولادة فى زواج صحيح أو فاسد، أو من غير زواج شرعى كالسفاح والدخول بالمرأة بشبهة، اذ ولد الزنا يثبت نسبه من الأم بخلاف الأب طالما لم تكن المرأة ذات زوج أو معتدة، ويجب لثبوت نسبه من زوجها أو مطلقها أن يصادقها على اقرارها أو أن تثبت أن هذا الولد جاء على فراش الزوجية، وحينئذ يثبت نسبه منها. فاذا تحققت هذه الشروط فى اقرار الأم نفذ عليها وثبت النسب به

---

(١) بدائع الصنائع جـ٧ طبعة ١٩٨٢ ص٢٢٩- وقد جاء به: «وكذلك اقرار المرأة بهؤلاء لما ذكرنا الا الولد لأن فيه حمل نسب غيره على غيره وهو نسب الولد على الزوج فلا يقبل الا اذا صدقها الزوج أو تشهد امرأة على الولادة بخلاف الرجل لأن فيه حمل النسب على نفسه»- محمد مصطفى شلبى ص٧١٨.

وتعين معاملة المقر باقراره والمصادق بمصادقته، ولا يجوز الرجوع عن هذا الاقرار بعد صحته، ويترتب عليه جميع الحقوق والأحكام الثابتة بين الأبناء والآباء».

(طعن رقم ١٧ لسنة ٤٦ق- جلسة ١٩٧٨/٢/٢٢).

٣- «نسب الولد يثبت من المرأة التى تقر بأمومتها له متى لم تكن له أم معرفة وكان ممن يولد مثله لمثلها وصادقها المقر له على اقرارها ان كان فى سن التمييز دون توقف على شئ آخر ودون حاجة الى اثبات سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو فاسد أو من غير زواج شرعى كالسفاح أو الدخول بالمرأة بشبهة اذ ولد الزنا يثبت نسبه من الأم بخلاف الأب، طالما لم تكن المرأة ذات زوج أو معتدة، لأن اقرارها عندئذ يكون قاصر الأثر عليها ولايتعداه الى الغير، أما اذا كانت وقت الاقرار متزوجة أو معتدة أو أقرت بالولد ونسبته الى من كان زوجا لها فان النسب لا يثبت باقرارها لما فيه من تحميل النسب على الغير وهو الزوج ويتعين لثبوته أن يصادقها زوجها أو أن تقيم الحجة الكاملة على مدعاها لأن الاقرار متى حمل النسب فيه على الغير يكون دعوى مجردة أو شهادة منفردة، والدعوى المجردة لا تكفى للقضاء بموجبها كما أن شهادة الفرد فيما يطلع عليه الرجال لا تقبل- لما كان ذلك، وكان الواقع فى الدعوى على ما تفصح عنه مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها الأولى تستند فى ثبوت بنوتها للمتوفاة الى اقرارها بأنها ابنتها من زوجها. . . الذى تزوجته بعقد عرفى ودون أن تدعى مصادقة الزوج المذكور على نسبتها اليه أو على الزوجية المدعاة، فان هذا الاقرار لا يكفى لاثبات البنوة لما فيه من تحميل النسب على الغير وانما وجبت اقامة الحجة عليها

وعلى الفراش المدعى باعتبار أن النسب لا يثبت ما لم يثبت سببه بالحجة لأن ثبوت الحكم ينبني على ثبوت النسب. لما كان ما تقدم، وكانت المطعون عليها الأولى قدمت للاثبات شاهدين شهد أحدهما بالزوجية والنبوة المدعى بها ولم يشهد بهما الآخر وانما انصبت شهادته على صدور اقرار النبوة عن المتوفاة، ومن ثم لا يتوافر بهما نصاب الشهادة الواجب شرعا وهو رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول، ولا تقوم بشهادتهما بينة شرعية كاملة على النسب المدعى وسببه».

(طعن رقم ٢٦ لسنة ٤٧ق- جلسة ١٩٧٩/٣/٢٨).

٤- «لقاضى الموضوع السلطة التامة فى بحث الدلائل والمستندات المقدمة له وفى موازنة بعضها بالبعض الآخر وترجيح ما يطمئن اليه منها وفى استخلاص الواقع فى الدعوى دون أن يكون لمحكمة النقض أية رقابة عليه فى ذلك ما دام استخلاصه سائغا وله أصله الثابت بالأوراق، وكان نسب الولد وان صح ثبوته من المرأة التى تقر بأمومتها له متى لم تكن له أم معروفة وكان ممن يولد مثله لمثلها وصادقها المقر له على اقرارها ان كان فى سن التمييز دون توقف على شئ آخر ودون حاجة الى اثبات، سواء أكانت الولادة من زواج صحيح أو فاسد أو من وطأ بشبهة أو من غير زواج شرعى كالسفاح اذ ولد الزنا يثبت نسبه من الأم بخلاف الأب، الا أن ذلك مشروط بأن لا تكون المرأة ذات زوج أو معتدة لأن اقرارها عندئذ يكون قاصر الأثر عليها ولا يتعداها الى الغير، أما اذا كانت وقت الاقرار متزوجة أو معتدة أو أقرت بالولد ونسبته الى من كان زوجا لها فان النسب لا يثبت باقرارها لما فيه من تحميل النسب على الغير وهو الزوج ويتعين لثبوته أن يصادقها الزوج والا وجبت اقامة الحجة كاملة

على مدعاها لأن الإقرار متى حمل النسب فيه على الغير يكون دعوى مجردة أو شهادة مفردة، والدعوى المجردة لا تكفى للقضاء بموجبها كما أن شهادة الفرد فيما يطلع عليه الرجال لا تقبل، اذ كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الطاعنة قد استندت فى ثبوت دعواها الى اقرار المورثة فى الأوراق المقدمة فى الدعوى- بأنها ابنتها من زوجها المرحوم..... وكان الحكم قد أقام قضاءه برفض الدعـوى على مـا أورده فى قـوله «أن الثـابت من الأوراق أن المرحومة....... اذ قررت فى المستندات التى تركن اليها المستأنفة «الطاعنة» أن هذه الأخيرة ابنة لها ممن يدعى..... فان من المقرر فى الفقه الحنفى أن المرأة تملك الاقرار بالنسب كالرجل ولكنهم اشترطوا فى المرأة اذا كانت وقت الاقرار متزوجة أو معتدة وأقرت بالولد ونسبته الى من كان زوجا لها فان النسب لا يثبت باقرارها لما فيه من تحميل النسب على الغير وهو الزوج، ويتعين أن يصادقها أو أن تقيم الحجة الكاملة لمدعاها .لما كان ذلك وكانت الأوراق التى قدمت فى الدعوى منسوبة الى المتوفاة تدعى فيها أمومتها للمستأنفة ممن يدعى...... الذى لم يصادقها على دعواها البنوة ولم تقم ضده البينة الكاملة على ذلك فان الاقرار بالأمومة الصادر من المتوفاة لا يكون قائما على أساس من المذهب كما أن استناد المستأنفة الى هذا الاقرار لاثبات انها ابنة المتوفاة يكون على غير أساس أيضا. هذا بالاضافة الى أن المرحومة...... عند استجوابها بجلسة ١٩٧٧/٤/٢٣ فى الدعوى رقم ٦٦٦٤ لسنة ١٩٧٦ كلى جنوب القاهرة قررت فى مواجهة المستأنفة الماثلة شخصيا بتلك الدعوى أن هذه الأخيرة متبناه وانها لم تر ...... ومن ثم يكون الاقرار الصادر منها قاطعا فى أن المستأنفة ليست بنتا لها من النسب وقد وقفت المستأنفة من هذا الاقرار

موقفا سلبيا يؤيد الاقرار الصادر بمحضر الجلسة..... لكل ما تقدم تكون دعوى المستأنفة باثبات نسبها من المرحومة...... قائمة على غير أساس من المذهب مما يتعين معه القضاء فى استئنافها بالرفض دون ما حاجة لاحالته الى التحقيق.....» وكان هذا من الحكم تطبيقا صحيحا للقانون على واقعة الدعوى واستخلاصا سائغا مما له أصله الثابت بالأوراق ودعامة كافية لحمل قضائه بنفى نسب الطاعنة من المورثة فانه لا عليه بعد ذلك ان هو لم يجب الطاعنة الى طلب احالة الدعوى الى التحقيق من جديد أو لم يتتبعها فى كل مناحى أقوالها ومختلف حججها وطلباتها ويرد عليها استقلالا ما دام قيام الحقيقة التى اقتنع بها وأورد دليله عليها فيه الرد الضمنى المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات واذ قام الحكم صحيحا على الدعامة المتقدمة فان تعييبه فيما أورده من دعامات أخرى يكون غير منتج ويكون النعى برمته على غير أساس».

(طعن رقم ٣٠ لسنة ٥٣ق- جلسة ١٩٨٦/١/٢٨)

٥- « مجرد الإقرار بالأمومة مع عدم ثبوت الفراش وعدم الإقرار بالنسب لايكفى لثبوت النسب إلى الأب لأن إقرار الأم قاصر الأثر عليها ولايتعدى للغير لأن الإقرار متى حمل فيه النسب على الغير يكون دعوى مجردة أوشهادة مفردة والدعوى المجردة لاتكفى للقضاء بموجبها كما أن شهادة الفرد فيما يطلع عليه الرجال لاتقبل».

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٦٦ق- جلسة ١٩٩٦/١٢/٣٠)

٢٦٠- الاقرار بالابوة والامومة:

يثبت النسب بالاقرار بالأبوة والامومة، كما يثبت النسب بالاقرار بالبنوة من جانب الرجل والمرأة.

ويثبت النسب بالاقرار بالأبوة اذا توافرت أربعة شروط هي:

١- أن يكون الولد مجهول الأب.

٢- أن يولد مثل المقر لمثل المقر له.

٣- أن يصدقه الأب في اقراره، لأن المقر له لا يكون الا كبيرا.

٤- ألا يصرح بأنه أبوه من الزنا بأمه.

ودعوى النسب لأب لا تتوقف على ادعاء الزوجية بين هذا الأب وأم المدعى كما لا تتوقف على الاقرار بذلك النسب، ولا على وجود ما يؤيد واحدا منهما.

أما الاقرار بالأمومة فيشرط فيه الشروط الثلاثة الأولى، أما الشرط الرابع فلا يشترط توافره لأن ولد الزنا ينسب الى أمه اذا أقامت الدليل على ولادته.

ويترتب على الاقرار بالابوه أو الأمومة أن يكون للولد على الأب أو الأم ما للأبناء من حقوق، ويكون للأب والأم ما لهما من حقوق على الأبناء

فقد نصت المادة (٣٥٢) من كتاب الاحكام الشرعية لقدرى باشا على أن:

«اذا أقر ولد مجهول النسب ذكرا كان أو أنثى بالأبوة لرجل أو بالأمومة لامرأة وكان يولد مثله لمثل المقر له وصدقه فقد ثبتت أبوتهما له ويكون عليه ما للأبوين من الحقوق وله عليهما ما للأبناء من النفقة والحضانة والتربية».

٢٦١- الاقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير:

هو الاقرار بنسب (قرابة) يكون فيه واسطة، كأن يقر شخص لآخر أنه أخوه أو عمه أو جده أو ابن ابنه أو ابن بنته، ويسمى هذا النوع من الاقرار بفرع النسب.

وهذا النوع من الاقرار فيه تحميل النسب على غير المقر، فاذا أقر شخص لآخر أنه أخوه فلكى يثبت النسب بينه والمقر له يجب أن يثبت أولا نسب المقر له من والده (والد المقر) لكى ينسحب النسب على المقر باعتباره أخا لمن أقر له، واذا أقر بأن شخصا عمه يجب لكى ينسحب النسب على المقر أن يثبت نسب المقر له من جده (جد المقر).

٢٦٢- شروط ثبوت الاقرار بالنسب الذى فيه تحميل النسب على الغير:

يشترط لثبوت الاقرار بالنسب الذى فيه تحميل النسب على الغير أن يصدق المقر من حمل عليه النسب، فلو أقر بالاخوة يثبت النسب باقرار المقر وهو الأب لا باقرار الأخ. لأن الاقرار حجة قاصرة على المقر لا على غيره وهو على غيره شهادة أو دعوى والاقرار الذى فيه حمل نسب الغير على غيره اقرار على غيره لا على نفسه فكان دعوى أو شهادة وكل ذلك لا يقبل الا بحجة [1].

---

(١) بدائع الصنائع جـ٧ ص٢٢٨.

وعلى ذلك اذا لم يصادق من حمل عليه النسب على الاقرار، فلا يثبت الا اذا أثبت المقر صحة اقراره بالبينة الكاملة وهى شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وان عجز المقر عن الاثبات بالبينة يحلف المقر عليه بأنه ليس أبا للمقر له فان حلف بطل اقرار المقر وان نكل تثبت دعوى المقر فيثبت نسبه من المقر له.

وفى هذا قضت محكمة النقض- دائرة الأحوال الشخصية- بأن:

«ويشترط لصحة الاقرار- بالنسب- بوجه عام ألا يكذب ظاهر الحال المقر فى اقراره وألا يكون المقر به محالا عقلا أو شرعا والقول المعمول عليه أن الاقرار بما يتفرع عن أصل النسب وهو الاقرار بغير الأبوة والبنوة، لا يثبت به نسب أصلا ولا بد اما من تصديق من حمل عليه النسب أو اثباته بالبينة لأن الاقرار فى هذه الحالة يقتضى تحميل النسب على غير المقر والاقرار بذاته حجة قاصرة».

(طعن رقم ٥ لسنة ٤٢ق- جلسة ١٩٧٥/٦/٢٥).

(أنظر أيضا: نقض ١٩٧٨/٢/٢٢ المنشور بالبند التالى).

وإذا مات من حمل عليه النسب وصدق ورثته المقر فى اقراره يثبت النسب لأن تصديقهم يعتبر بينة فيثبت النسب بالبينة لا بالاقرار.

٢٦٣- أثر الاقرار بالنسب فى حالة عدم المصادقة عليه، أو اثباته بالبينة:

لما كان الاقرار فى هذه الحالة ليس له أثر على ثبوت النسب، جاز للمقر أن يرجع عن اقراره.

وإذا لم يرجع المقر عن اقراره وتوافرت باقى شروط الاقرار فانه يعامل بمقتضى اقراره فى الحقوق المالية لأن ذلك لا يلحق الضرر بالغير، فلو كان المقر له فقيرا عاجزا عن الكسب استحق النفقة من المقر.

واذا مات من يرثه المقر بالقرابة النسبية وورث منه شاركه المقر له فى نصيبه عند الحنفية والمالكية والحنابلة على اختلاف بينهم فى مقدار المشاركة ويقاسمه فى نصيبه عند الحنفية. فلو مات أبو المقر عن ولدين منهما هذا المقر أخذ الابن غير المقر نصف التركة والنصف الثانى يقسم بالسوية بين المقر والمقرر له بالأخوة عند الحنفية.

واذا مات المقر بالنسب ولم يوجد له وارث بأى سبب من الأسباب استحق المقر له تركته كلها بطريق الميراث عند الحنفية، لأنه لما بطل اقراره بهذا النسب بقى اقراره بالمال صحيحا لأنه لا يعدوه الى غيره اذا لم يكن له وارث معروف، ولذلك جعلوه آخر مراتب الورثة فيستحق كل التركة اذا لم يكن له وارث أصلا، وباقيها بعد فرض أحد الزوجين لأنهم لا يقولون بالرد على الزوجين.

ولما صدر قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ نص فى المادة (٤١) منه على أن: «اذا أقر الميت بالنسب على غيره استحق المقر له التركة اذا كان مجهول النسب ولم يثبت نسبه من الغير ولم يرجع المقر عن اقراره.

ويشترط فى هذه الحالة أن يكون المقر له حيا وقت موت المقر أو وقت الحكم باعتباره ميتا، وألا يقوم به مانع من موانع الارث».

وقد عدل القانون فى هذا الشأن عن مذهب الحنفية ولم يجعله وارثا عملا بمذهب المانعين لإرثه، وانما جعله مستحقا للتركة احتراما لارادة المقر، وتحقيقا لرغبته فيما تركه من مال لا وارث له حيث لا يلحق أحد الضرر من تنفيذ ارادته، لأن هذا الاقرار يؤول فى نهايته الى كونه وصية بكل المال فيجب تنفيذها، غير أنه ليس وصية خالصة بل له شبه بالميراث، لأن صدوره منه بهذه الصورة يجعله أقرب شبها بالميراث منه بالوصية، لذلك قدم على الوصية بما زاد على الثلث وشرط فى المقر له ما يشترط فى الوارث لاعتباره ارثا عند بعض الفقهاء، فيجب لثبوت هذا الاستحقاق توفر شروط الارث وعدم وجود

مانع من موانعه، فلو قتل المقر قتلا مانعا من الارث أو كان مخالفا له فى الدين لا يستحق شيئا من التركة[1].

وقد قضت محكمة النقض- دائرة الأحوال الشخصية- بأن:

١- «اذا كانت الأقوال التى أدلى بها الطاعن الأول فى تحقيقات نيابة الأحوال الشخصية، تعد اقرارا فيه تحميل النسب على الغير ابتداء، ثم يتعدى الى المقر نفسه، وان كان لا يصلح فى الأصل سببا لثبوت النسب، الا أن المقر يعامل باقراره من ناحية الميراث وغيره من الحقوق التى ترجع اليه لأن للمقر ولاية التصرف فى مال نفسه».

(طعن رقم ٤١ لسنة ٤٠ق- جلسة ١٩٧٥/١/١٥).

٢- «لئن كان المعول عليه فى مذهب الحنفية أن الاقرار بالنسب على غير المقر، وهو اقرار بقرابة يكون فيها واسطة بين المقر له- كالاقرار بالاخوة- لا يثبت به النسب الا بتصديق من حمل عليه النسب أو البرهنة عليه بالبينة اذ الاقرار بالاخوة يقتضى أولا أن المقر له ابن لأبى المقر ويستتبع ذلك أنه أخ للمقر، الا أن المقر يعامل باقراره من ناحية الميراث وغيره من الحقوق التى ترجع اليه وتنقسم التركة فى هذه الحالة على أساس الاعتداد بالاقرار تجاه المقر دون غيره من الورثه الذين لم يوافقوه على اقراره باعتبار الاقرار حجة قاصرة.

واذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الاقرار الموقع عليه من الطاعنة وبقية الورثة تضمن اعترافهم بأحقية المطعون عليها فى نصيبها من تركة المتوفى، وكان دفاع المطعون عليها يقوم أساسا على حقها فى مشاركة الطاعنة وباقى الورثة فى التركة المخلفة من المتوفى استنادا الى الاقرار الصادر منهم، فان الدعوى المعروضة بالارث بهذه المثابة تكون متعلقة بالمال».

---

(١) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٧٢١ وما بعدها.

(طعن رقم ٤ لسنة ٤٤ق- جلسة ١٩٧٦/١/٢١).

٣- «المستقر عليه فى قضاء هذه المحكمة أن الاقرار بما يتفرع عن أصل النسب وهو الاقرار بغير الأبوة والبنوة- كالاقرار بالخؤولة موضوع الدعوى الماثلة- وان كان لا يثبت به النسب الا بتصديق من حمل عليه أو البرهنة عليه بالبينة لأن فيه تحميلا له على الغير، الا أن المقر يعامل باقراره من ناحية الميراث وسائر الحقوق التى ترجع اليه كما لو كان النسب ثابتا من المورث حقيقة، وكان الواقع فى الدعوى- على ما تفصح عنه مدونات الحكم المطعون فيه- أن الطاعن الأول وقع على وثيقة زواج المطعون عليها بوصف أنه خالها ووكيلها فى عقد قرانها وأنه وقع مع الطاعنة الثانية على محضر احتفظ به اللحاد أفاد تضمن أن المورثة توفيت عنها وعن ابنتها المطعون عليها، كما أن الطاعنة الثانية تقدمت بطلب لاستصدار اشهاد شرعى فى المادة رقم .... وراثات الجيزة أقرت فيه ببنوة المطعون عليها للمتوفاة، فان الحكم المطعون فيه اذ أقام قضاءه بثبوت نسب المطعون عليها من أمها المتوفاة على سند من اقرار من حمل عليه النسب وهى المتوفاة طبقا لما سلف بيانه بما ينطوى عليه من تصديق للاقرار المنسوب للطاعنين، والذى تأيد بالبينة التى تقدمت بها المطعون عليها فانه يكون قد أصاب... الخ».

(طعن رقم ١٧ لسنة ٤٦ق- جلسة ١٩٨٧/٢/٢٢).

٢٦٤- اختلاف الاقرار بالنسب عن الوصية:

أوضحت محكمة النقض الفرق بين الاقرار بالنسب والوصية فى حكمها **الصادر بجلسة ١٩٦٨/٣/٦ فى الطعن رقم ٣٦ لسنة ٣٥ق احوال شخصية- ذهبت فيه الى ان:**

«الوصية والاقرار بالنسب، كل منهما تصرف مستقل، أحدهما بالايصاء وثانيهما بالاقرار بالنسب، وبطلان أحدهما لا يستتبع حتما بطلان الآخر».

٢٦٥- *الفرق بين الاقرار بالنسب والتبني:*

النسب الثابت بالاقرار هو اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول وان لم يعلم سببه واكتفى فيه بالاقرار المجرد. فمن أقر بمجهول النسب أنه ولده فهو معترف ببنوة هذا الولد بنوة حقيقية وأنه خلق من مائه سواء كان كاذبا أو صادقا، غير أنه ان كاذبا كان عليه اثم هذا الادعاء.

أما التبني فهو استلحاق شخص ولدا معروف النسب لغيره أو مجهول النسب كاللقيط ويصرح بأنه يتخذه ولدا له مع كونه ليس ولدا له في الحقيقة.

وهذا هو التبني الذى كان معروفا فى الجاهلية فكانوا يجعلون المتبنى كالولد الحقيقي ويثبتون له جميع أحكامه، فلما جاء الاسلام أبطله وقضى عليه، فقد قال تعالى: ﴿وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدى السبيل﴾[1].

وعلى ذلك: لا يكون المتبنى – ويسمى الدعى – ابنا لمن ادعاه، فلا تلزمه ولا أجرة حضانته ولا تحرم عليه مطلقته، ويتصاهران ولا يتوارثان.

(م ٣٥٤ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا)[2].

---

(١) سورة الأحزاب– الآية: ٤.

(٢) وقد حرم الاسلام التبنى لما يؤدى اليه من مفاسد كثيرة منها أنه يأتى بشخص أجنبى يعيش مع اجنبيات عنه لا تربطه بهن رابطة مشروعة فيطلع منهن على ما حرم الله الاطلاع عليه ويحرم عليه الزواج منهم مع أنهن محللات له، كما أنه يحمل الاقارب واجبات تترتب على ذلك فتجب نفقة ذلك المتبنى عليهم ان كان محتاجا اليها، ويشاركهم الميراث فيحرمهم من بعض ما يستحقونه منه.

وقد يستعمل وسيلة للحرمان من الميراث، بأن يعمد الرجل صاحب المال فيتبنى ابنا ليرث ماله ويحرم منه أصحاب الحق فى الميراث من أخوة وأخوات فيغرس =

وقد قضت محكمة النقض- دائرة الأحوال الشخصية- بأن:

١- «متى كان الحكم المطعون فيه قد رد على ما ادعاه الطاعن من أن الطفل الذى أقر المورث بنوته هو اللقيط الذى تسلمه من المستشفى فانه مع التسليم بهذا الادعاء، فان المورث أقر بأن هذا الطفل هو ابنه ولم يقل أنه يتبناه، وهو قول من الحكم لا مخالفة فيه للقانون لأن نسب اللقيط يثبت بمجرد الدعوة وهى الاقرار بنسبه، اما التبنى وهو استلحاق شخص معروف النسب الى أب أو استلحاق مجهول النسب مع التصريح بأنه يتخذه ولدا وليس بولد حقيقى فلا يثبت أبوة ولا بنوة ولا يترتب عليه أى حق من الحقوق الثابتة بين الابناء والآباء».

(طعن رقم ٢٦ لسنة ٣٩ق- جلسة ١٩٧٣/١٢/٥).

٢- «التبنى وهو استلحاق شخص معلوم النسب أو استلحاق مجهول النسب مع التصريح بأنه يتخذه بولد حقيقى حرام وباطل فى الشريعة الاسلامية ولا يترتب عليه أثر أو حكم من الأحكام الشرعية، اكتفاء بأن الاسلام قد أورد تنظيما كاملا محكما لأحوال اللقطاء وبما يكفل الحياة الشريفة لهم».

(طعن رقم ٢ لسنة ٤٣ق- جلسة ١٩٧٦/٣/١٠).

٣- «يقصد بالتبنى استلحاق شخص معروف النسب أو مجهوله مع التصريح بأنه يتخذه ولدا مع أنه ليس بولد حقيقى، ولئن كان يعد حراما

= بذلك بذور الشقاق والحقد بين الأسر، ويفككها ويقطع حبل المودة بين أفرادها (محمد مصطفى شلبى ص ٧٢ وما بعدها).

وباطلا فى الشريعة الاسلامية ولا يترتب عليه أى حكم من الأحكام الشرعية الثابتة، الا أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن النسب يثبت بالدعوة وهى الاقرار المجرد بالنسب بما ينطوى عليه من اعتراف ببنوة الولد وأنه يخلق من مثله سواء كان صادقا فى الواقع أم كاذبا، فيثبت لهذا الولد عند ذاك شرعا جميع أحكام البنوة اعتبارا بأنه ان كان كاذبا وقع عليه اثم الادعاء، ويصح النسب بهذا الطريق طالما لم يقرن به وجهه حتى ولو كانت الظواهر تكذبه، ولا يحول دون ذلك ورود الاقرار الصريح أو الضمنى لاحقا على التبنى المدعى به لما ينم عنه من رغبة المقر فى تصحيح الأوضاع ما دام لم يبين وقت اقراره سبب هذه البنوة فبفرض أن المتوفاة قد تسلمت المطعون عليها من المستشفى بقصد التبنى فلا يشكل ذلك تناقضا، ومن الميسور التوفيق بين الكلامين طالما لم يثبت نسبها الى أخرى».

(طعن رقم ١٧ لسنة ٤٦ق- جلسة ١٩٧٨/٢/٢٢).

٤- «المقصود بالتبنى استلحاق شخص معروف النسب أو مجهوله مع التصريح بأن يتخذه ولدا مع أنه ليس ولد حقيقى وهو ما يعد حراما وباطلا فى الشريعة الاسلامية ولا يترتب عليه أى حكم من الاحكام الشرعية الثابتة وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن النسب يثبت بالدعوة وهى الإقرار المجرد بالنسب لما ينطوى عليه من اعتراف ببنوة الولد وأنه يخلق من مثله سواء كان صادقا فى الواقع ام كاذبا فيثبت لهذا الولد عند ذلك شرعا جميع أحكام البنوة ويصح النسب بهذا الطريق حتى ولو كانت الظواهر تكذبه ولا يحول دون ذلك ورود الإقرار الصريح او الضمنى لاحقا على التبنى المدعى به لما ينم عنه

من رغبة المقر فى تصحيح الأوضاع ما دام لم يبين وقت اقراره سبب هذه البنوة فلا يشكل التبنى تناقضا مع الإقرار بالبنوة لأنه من الميسور التوفيق بين الكلامين طالما لم يثبت نسبه إلى آخر » .

(طعن رقم ١١٩ لسنة ٦٠ق «أحوال شخصية جلسة ١٩٩٤/٥/٣١).

٥- « يقصد بالتبنى استلحاق شخص معروف النسب أو مجهوله مع التصريح باتخاذه ولدا مع أنه ليس ولد حقيقى والتبنى يعد حراما وباطلا فى الشريعة الإسلامية، ولايترتب عليه حكم من الأحكام الشرعية الثابتة» .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٦٣ق- جلسة ١٩٩٧/٣/١٧)

٦- « التبنى . مقصوده. اعتبار حراما وباطلا ولايثبت أبوة ولابنوة . عدم ترتيبه أى من الحقوق الثابتة بين الأبناء والآباء مالم تتوافر شروط الدعوى المثبتة للنسب ومنها ألا يكون ثابت النسب من غير المقر» .

(طعن رقم ٣٦٤ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٨/٥/٢٥)

٢٦٦-قيد علي قبول دعوي الإقرار بالنسب أو الشهادة علي الإقرار به وارد بالمادة السابعة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية :

تنص المادة السابعة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن :

« لاتقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الإدعاء»[١] .

فرغم أن الأصل فى الإثبات فى الشريعة الإسلامية هو البينة الشرعية إلا أن المشرع وضع قيدا على قبول دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث ، فنص على عدم قبولها عند الإنكار إذا لم يقدم المدعى أوراقا رسمية أومكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه أو أدلة قطعية

---

(١) كانت تقابل هذه المادة لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (الملغاة) المادة ١٩٨ التى كانت تجرى على أن : «لاتسمع عند الإنكار دعوى الوصية أوالإيصاء أو الرجوع عنها أوالعتق أو الإقرار بواحد منها وكذلك الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث فى الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنكية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى.

وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنكية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر».

(راجع بالنسبة لسماع دعوى الوصية أو الرجوع فيها المادة الثانية من القانون رقم .... فقد أضاف إلى الأوراق المذكورة أن تكون ورقة الوصية مصدقا على توقيع الموصى عليها).

جازمة تدل على صحة هذا الادعاء. وقد تغيا المشرع من هذا القيد درء الافتراء والتحرز من شبهة التلفيق والتزوير فى النسب بعد وفاة المورث.

وسند المشرع فى ذلك ما ذكرناه فى الكتاب الأول أن من القواعد الشرعية أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص وأن لولى الأمر أن يمنع قضاته عن سماع بعض الدعاوى وأن يقيد السماع بما يراه من القيود تبعا لأحوال الزمان وحاجة الناس وصيانة للحقوق من العبث والضياع.

(راجع فى التفصيل الكتاب الأول بند ٧٨).

٢٦٧- مضمون القيد:

مضمون القيد الوارد بالمادة يتعلق بعدم قبول الدعوى وبعدم قبول الشهادة فقط، بحيث إذا رفعت دعوى الإقرار بالنسب بعد وفاة المورث وأنكرت الدعوى ، ولم يقدم المدعى أوراقا رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى، كذلك لاتقبل المحكمة الشهادة على الإقرار بالنسب – عند الإنكار إذا لم يقدم المدعى هذه الأوراق أو الأدلة القطعية الجازمة.

إلا أنه لاشأن لهذا القيد بالنسب فى ذاته، بحيث لو أقر المدعى عليه بالدعوى قبلت الدعوى وتصدت المحكمة لموضوعها ، كما يثبت النسب بالبينة والفراش عند تحقق شروطه.

وفي هذا قضت محكمة النقض - بصدد الوصية بأن :

١ – «الوصية وفقا للفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ » تنعقد بالعبارة أو بالكتابة ، فإذا كان الموصى عاجزا عنهما ، انعقدت الوصية بإشارته المفهمة » ، أما الكتابة المنصوص عليها فى الفقرتين

الثانية والثالثة من هذا المادة ، فهى مطلوبة لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار ، وليست ركنا فيها، فلو أقر الورثة بالوصية ، أو وجهت إليهم اليمين فنكلوا، سمعت الدعوى وقضى بالوصية».

(طعن رقم ٢٣٤ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/١١/٢١)

٢- « النص فى المادة ٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ على أنه « لاتسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الإيصاء أو الرجوع عنها أو العتق أو الإقرار بواحدة منها وكذلك الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث فى الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشر الأفرنكية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى. وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشر الأفرنكية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر» وإن كان يواجه الحالات الواردة به التى يكون الادعاء فيها بعد وفاة المنسوبة إليه الحادثة فيتوقف سماع الدعوى بها على مسوغ كتابى يختلف باختلاف الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ وتلك التالية لها، تقديرا من المشرع بأن من يحلون محل المنسوبة إليه الحادثة بعد وفاته قد لايحسنون الدفاع عن مصالحهم، إلا أنه فى خصوص النسب فإن المادة قصرت عدم السماع على حالتى الإقرار به من الشخص المتوفى أو الشهادة على الإقرار، فلا يستطيل إلى الدعوى بالنسب التى لاتعتمد على أى من الحالتين ، ويخضع الحكم فيها للقواعد العامة المقررة فى الشرعية الإسلامية لخروجها عن ذلك القيد، فيثبت النسب فيها بالفراش حال تحقق شروطه ، كما يثبت عند الإنكار بإقامة البينة عليه وإذ كان البين من الحكم المطعون فيه- فى الدعوى

بالنسب- أنه حصل من أقوال الشهود ثبوت نسب المطعون عليه لوالده المتوفى بالفراش، فإن ذلك لاينطوى على خروج على القانون».

(طعن رقم ٢١ لسنة ٤٤ ق - أحوال شخصية- جلسة ١٩٧٦/٤/٧)

٣- « مؤدى نص المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ أن المشرع فرق بين انعقاد الوصية وبين شرط سماع الدعوى بها، فاعتبرها تصرف ينشأ بإرادة منفردة ، تنعقد بتحقق وجود مايدل على إرادة الشخص لتصرف أوالتزام معين يترتب عليه تحمل تركته بعد وفاته بحق من الحقوق ولايشترط فى الإيجاب ألفاظا مخصوصة بل يصح بكل ما يفصح عنه ، سواء كانت صحيفته بالعبارة الملفوظة أوبالكتابة أو بالإشارة الدالة عليه. وما شرعه النص من وجوب أن تتخذ الوصية الواقعة بعد سنة ١٩١١ شكلا معينا بأن تحرر بها ورقة رسمية أو تحرر بها ورقة عرفية مصدق فيها على امضاء الموصى أو ختمه، أو تحرر بها ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط الموصى وموقع عليها بإمضائه ، مطلوب لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار ، وليس ركنا فى الوصية ولا صلة له بانعقادها».

(طعن رقم ٧ لسنة ٤٧ ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٧٩/٣/٢١)

٤- « سماع دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث المنسوب له الإقرار فى الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١م. شرطه. وجود أوراق رسمية أو مكتوبة بخط المتوفى وعليها إمضاؤه . م ٩٨ لائحة

شرعية. مفاده. دعوى النسب التى لاتعتمد على الإقرار خروجها عن ذلك القيد وخضوعها لأحكام الشرعية الإسلامية. ثبوت النسب فيها بالفراش أو البينة ».

(طعن رقم ١٧٦ لسنة ٦٣ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٧/٧/٧)

٢٦٨- شروط القيد:

يشترط لإعمال القيد المنصوص عليه بالمادة توافر الشروط الآتية :

١ - أن تكون دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة عليه بعد وفاة المورث، لأن الدعوى لو كانت مقامه فى حياته لخضعت للقاعدة العامة فى الإثبات طبقا للرأى الراجح فى المذهب الحنفى .

٢ - أن يكون الخصم قد أنكر الدعوى. أما إذا أقر الخصم بالدعوى فالدعوى تكون مقبولة .

والإنكار الذى عناه الشارع هو الإنكار المطلق سواء فى مجلس القضاء أو قبل قيام الخصومة . فإذا أقر المدعى عليه بالنسب بكتابة عليها إمضاؤه أو أمام قاض فى مجلس القضاء قبل رفع الدعوى انتفى الإنكار، وتعين قبول الدعوى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بصدد الوصية في ظل المادة ٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية- الملغاة - بأن :

« النص فى المادة ٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمادة ٢/١ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه « لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع عنها بعد وفاة الموصى فى الحوادث الواقعة منذ سنة ١٩١١ إلا إذا وجدت أوراق رسمية أومكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها

إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر» مؤداه أن الوصية إذا كانت غير منكورة سمعت الدعوى بها. والإنكار الذى عناه الشارع هو الإنكار المطلق سواء فى مجلس القضاء أو قبل قيام الخصومة . فإذا أقر المدعى عليه بالوصية بكتابة عليها إمضاؤه أو أمام قاض فى مجلس القضاء قبل رفع الدعوى انتفى الإنكار وتعين سماعها» .

(طعن رقم ٥٧٦ لسنة ٣٤ ق- جلسة ١٩٧٥/١/٨)

٣- ألا توجد أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليه إمضاؤه أو أدلة جازمة تدل على صحة هذا الادعاء.

فوجود أحد الأدلة الثلاثة سالفة الذكر كاف لقبول الدعوى.

ونعرض لهذه الأدلة بالتفصيل فيما يأتى :

(أ)- الورقة الرسمية :

الورقة الرسمية هى الورقة التى يحررها موظف عام مختص بتحريرها .

وكل ما تشترطه المادة هو أن يكون الإقرار ثابتا بأوراق رسمية ، سواء كان ذلك بورقة رسمية صادرة من الموظف العام أوذكر عرضا فى محرر رسمى ، أو أشير إلى وجودها فى تحقيق رسمى أدلى به المورث بقوله عن يد موظف مختص أو نحو ذلك.

وفي هذا قضت محكمة النقض- بصدد الوصية - بأن :

« يشترط – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– أن يتضمن مسوغ سماع الدعوى ما ينبئ عن صحتها، درءا لافتراء الوصايا وتحرزا عن شبهة تزويرها، مفاد تطلب أوراق رسمية تدل على الوصية كمسوغ لسماع الدعوى بها، يكفى فيه مجرد ذكرها عرضا فى محرر رسمى، أو الإشارة إلى وجودها فى تحقيق رسمى أدلى فيه الموصى بقوله على يد موظف

مختص أو نحو ذلك، ومن ثم فإنه لايلزم وجود ورقة الوصية ذاتها حتى تسمع الدعوى».

(طعن رقم ٧ لسنة ٤٧ق - أحوال شخصية- جلسة ١٩٧٩/٣/٢١)

(ب)- الأوراق المكتوبة جميعها بخط المتوفي وعليها إمضاؤه.

المقصود بهذه الأوراق، الأوراق العرفية المكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه، فلايكفى أن تكون الأوراق مكتوبة جميعها بخط المتوفى ولكنها لاتحمل إمضاءه، أومكتوبة بخط الغير وتحمل إمضاء المتوفى.

(جـ) الأدلة القطعية الجازمة التي تدل صحة الإدعاء.

لم تكن عبارة « أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء» ، الواردة بعجز المادة السابعة من القانون واردة بمشروع القانون المقدم من الحكومة، وإنما ورد بالمشروع عبارة « أدلة قطعية تدل على صحة الادعاء» ، واقترح مجلس الشورى تعديل هذه العبارة إلى « أدلة أخرى تدل على صحة الادعاء» ، ثم حذفت اللجنة المشتركة بمجلس الشعب العبارة السابقة ووضعت بدلا منها عبارة « أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر» ، ثم أضيفت عبارة « أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء» حالة مناقشة المادة بمجلس الشعب وكان المقصود بها على ما أفصحت عنه المناقشات فى مجلس الشعب الأدلة الأخرى التى قد يسفر التقدم العلمى عن وجودها.

٢٦٩- تعلق قيد عدم قبول الدعوي بالنظام العام:

رأينا أن المشرع قد تغيا من القيد السابق درء الافتراء والتحرز من شبهة التلفيق والتزوير فى النسب بعد وفاة المورث، وهو ما يحقق الحفاظ على الأنساب ، الأمر الذى يجعل هذا القيد متعلقا بالنظام العام وبالتالى تقضى المحكمة بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها دون ما دفع من الخصم.

بعض المبادئ المتعلقة بثبوت النسب بالاقرار

٢٧٠- (أ) يصح الاقرار بالنسب مجردا عن سببه:

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٦/٣/١٠ فى الطعن رقم ٢ لسنة ٤٣ق- أحوال شخصية- بأن:

«من المقرر فى قضاء هذه المحكمة، أن النسب يثبت بالدعوة وهى الاقرار المجرد بالنسب بما ينطوى على اعتراف ببنوة الولد حقيقة وأنه تخلق من مائة، وهو بعد الاقرار به لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال والراجح فى مذهب الأحناف ثبوت النسب بهذا الطريق دون أن يقرن به ما يبين وجهه حتى لو كانت الظواهر تكذبه، ولا يحول دون ذلك ورود الاقرار لاحقا على التبنى لما ينم عنه من رغبة المقر تصحيح الأوضاع، طالما لم يبين وقت اقراراه سبب هذه البنوة»[١].

٢٧١- (ب) الاقرار بالنسب يكون صراحة او دلالة:

لا يشترط أن يكون الاقرار بالنسب صريحا، بل يجوز أن يكون دلالة (ضمنا)، يستفاد من قرائن الأحوال، كأن يسكت الرجل عند تهنئة الناس له بالمولود.

ولا يشترط أن يكون الاقرار باللفظ، فيصبح أن يكون بالاشارة حتى مع القدرة على العبارة، وبالكتابة الخالية من مظنة التزوير، وذلك لوجوب الاحتياط فى الأنساب وما يترتب عليها من آثار وإحياء للصغير[٢].

(١) مذهب المالكية وجوب بيان سبب النسب اذا كان ظاهر الحال يكذبه بأن يكون الولد مثلا لقيطا ولم يبين مدعى نسبه وجها معقولا، أو يكون الولد محمولا من أرض ولا يعرف أن المدعى دخل هذه الأرض.

(٢) استئناف القاهرة بتاريخ ١٩٦٥/١٢/٢٩- الاستئناف رقم ٧٥ لسنة ٨٢ق.

وفى هذا قضت محكمة النقض- دائرة الاحوال الشخصية- بأن:

١ - «.. واقرار الأب بنسب الولد اليه يكون منه باللفظ صريحا أو دلالة، وبالاشارة حتى مع القدرة على العبارة وبالكتابة الخالية من مظنة التزوير، وبالسكوت عند تهنئة الناس له بالمولود، ما دام النسب ليس محالا عقلا بأن كان المقر له يولد مثله لمثل المقر، أو باطلا شرعا كنسب ولد الزنا، دون اشتراط حصول الاقرار فى مجلس القضاء على أن يكون الولد مجهول النسب وأن يصادق على ذلك ان كان مميزا. ولا يغير من ذلك ما جاء فى كتاب مستشفى الأطفال الجامعى من أنه ثابت فى سجلاتها الخاصة بورود الأطفال من أن الطفلة سلمت للمورث واستخرجت لها شهادة ميلاد من مكتب صحة السيدة زينب، طالما أن النسب قد ثبت بالفراش المؤيد بالاقرار» .

(طعن رقم ١٠ لسنة ٤١ق- جلسة ١٩٧٥/٢/٥).

٢ - «الاقرار كما يكون باللفظ الصريح يجوز- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يستفاد من دلالة التعبير، أو من السكوت فى بعض المواضع التى يعتبر الساكت فيها مقرا بالحق بسكوته استثناء من قاعدة ألا ينسب لساكت قول ومنها سكوت الوالد بعد تهنئة الناس له بالولد بعد ولادته، فقد اعتبر سكوته فى هذه الحالة اقرارا منه بأنه ابنه فليس له أن ينفيه بعد ذلك، وكان ما أورده الحكم المطعون فيه فى مقام التدليل على ثبوت نسب المطعون عليها من أمها المتوفاة يتفق وصحيح القواعد الشرعية المعمول بها فى فقه الحنفية ذلك أنه حصل فى ظروف قيد ميلادها باعتبارها ابنة المتوفاة، وتقديم

الأخيرة طلبها لاستخراج صورة من هذا القيد فى اليوم التالى لاجرائه وتسليمها المستخرج موضحا به أنها والدة البنت المقيدة وعدم اعتراضها على ذلك، اقرار المتوفاة بأمومتها للمطعون عليها، وهو تحصيل صحيح شرعا لجواز الاستدلال على ثبوت البنوة بالسكوت المفصح عن الاقرار به».

(طعن رقم ١٧ لسنة ٤٦ق- جلسة ١٩٧٨/٢/٢٢).

٣- «وكانت محكمة الموضوع بما لها من سلطة فى تقدير الأدلة قد اطمأنت إلى أقوال أحد شاهدى المطعون ضدها واستخلصت منها- ومن سكوت الطاعن على مظاهر الحمل التى بانت عليها عقب زواجه الموثق بها وأن زواجا عرفيا قد انعقد بينهما سابقا على هذا الزواج الموثق وهو من المحكمة استخلاص سائغ له أصله الثابت بالأوراق ويؤدى الى النتيجة التى انتهى إليها الحكم المطعون فيه برفض دعوى الطاعن فإن النعى عليه يكون على غير أساس».

(طعن رقم ٨ لسنة ٥٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٨٩/١١/٢١).

٤- « الإقرار بالنسب. يكون باللفظ الصريح أودلالة التعبير أوبالسكوت استثناء فى بعض المواضع التى يعتبر الساكت فيها مقر بالحق. سكوت الوالد بعد تهنئته بالمولود. اعتباره إقرار ببنوته . مؤداه. عدم نفيه له بعد ذلك».

(طعن رقم ٣٠١ لسنة ٦٢ق- جلسة ١٩٩٦/١٢/١٦- غير منشور)

٥- « الأصل الفقهى ألا ينسب لساكت قول. الاستثناء اعتبار السكوت بمثابة الإقرار. السكوت عند نسبه الحمل الحاصل قبل الزواج وولادته لأقل من أدنى مدة الحمل. لايعد إقرارا».

(طعن رقم ١٩٤ لسنة ٦٣ ق- جلسة ١٩٩٧/٦/٢٤)

٢٧٢ -(جـ) الإقرار بالنسب يصح أن يكون فى غير مجلس القضاء: وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«الاقرار. يصح أن يكون فى غير مجلس القضاء. جواز اثباته ويكون المقر فيها كأنه أقر به أمام القاضى. استخلاص الحكم المطعون فيه إقرار المورث بالنسب من استخراجه شهادة ميلاد الصغيرة وبطاقته العائلية منسوبة فيها إليه ومن طلب إلحاقها بالمدرسة الذى قال فيه أنها نجلته. صحيح».

(طعن رقم ٩٩ لسنة ٥٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩١/٦/١١).

(أنظر أيضا طعن رقم ١٣٦ لسنة ٦٠ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٣/١٢/٢٨- منشور ببند ٢٧٥).

٢٧٣- (د) شهادة الميلاد بمجردها ليست حجة في إثبات النسب:

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض- دائرة الأحوال الشخصية- فى عدة أحكام لها[1]. اذ قضت بأن:

١- «النعى بأن شهادة الميلاد ليست حجة فى اثبات النسب مردود بأن

---

(١) **وقد افتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩١٦/٨/١٢ بأن:**

«نفيد أن مجرد قيد هؤلاء الأولاد ونسبتهم الى هذا الرجل فى دفترى المواليد والأرنيك المحرر بمعرفة الداية وحلاق الصحة لا يكفى شرعا فى إثبات نسب =

الحكم المطعون فيه لم يتخذ من شهادة الميلاد حجة على ثبوت النسب وانما اعتبرها قرينة بالاضافة الى الأدلة والقرائن الأخرى التى أوردها الحكم».

(طعن رقم ٥ لسنة ٤٢ق- جلسة ١٩٧٥/٦/٢٥).

٢- «البيانات الواردة بشهادات الميلاد- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- باعتبارها من املاء صاحب القيد لا تصلح بمجردها لثبوت النسب وان كانت تعد قرينة لا يمتنع دخصها واقامة الدليل على عكسها».

(طعن رقم ٩ لسنة ٤٤ق- جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٤).

٣- «المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن شهادة الميلاد بمجردها ليست حجة فى اثبات النسب، وان كانت تعد قرينة عليه، اذ لم يقصد بها ثبوته، وانما جاء ذكره فيها تبعا لما قصد منها ووضعت له، ولأن القيد بالدفاتر لا يشترط فيه أن يكون بناء على طلب الأب أو وكيله، بل يصح بالاملاء من القابلة أو الأم فلا يعد نسبة الطفل فيها الى شخص معين حجة عليه طالما لم يقر بصحة البيانات المدونة بها. واذا كان الحكم المطعون فيه قد رد على القرينة المستفادة من شهادة الميلاد بأن المطعون عليه ادعى تزويرها فور تقديم الطاعنة لها، فذلك حسبه فى اهدار القرينة المستفاد منها، ويكون النعى عليه بالقصور غير وارد».

(طعن رقم ١١ لسنة ٤٤ق- جلسة ١٩٧٦/٢/٤).

= هؤلاء الأولاد للرجل المذكور وأنهم أولاده يرثونه بعد موته بل لا بد من اثبات ما ذكر بالطريق الشرعى. والله تعالى أعلم».

٤- «وحيث أن هذا النعى فى محله ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن شهادة الميلاد بمفردها ليست حجة فى اثبات النسب، وان كانت تعد قرينة عليه، اذ لم يقصد بها ثبوته، وانما جاء ذكره فيها تبعا لما قصد منها، ووضعت له، ولأن القيد بالدفاتر لا يشترط فيه أن يكون بناء على طلب الأب أو وكيله، بل يصح بالاملاء من القابلة أو الأم، فلا يعتبر نسبة الطفل فيها الى شخص معين حجة عليه طالما لم يقر بصحة البيانات المدونة بها. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بثبوت نسب المطعون ضدها للمتوفاه على سند من أن شهادة الميلاد المقدمة فى الأوراق دليل على ثبوت النسب، فانه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال بما يوجب نقضه».

(طعن رقم ١٥٥ لسنة ٥٨ق- جلسة ١٩٨٩/٥/٣٠).

٥- «من المقرر- فى قضاء هذه المحكمة- أن شهادة الميلاد بمفردها ليست حجة فى إثبات النسب، وإن كانت تعد قرينة عليه، إذ لم يقصد بها ثبوته، وإنما جاء ذكره فيها تبعا لما قصد منها، ووضعت له، ولأن القيد بالدفاتر لا يشترط فيه أن يكون بناء على طلب الأب أو وكيله بل يصح الإملاء من القابلة أو الأم، فلا يعتبر نسبة الطفل فيها إلى شخص معين حجة عليه طالما لم يقر بصحة البيانات المدونة بها».

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ٥٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٠/٢/٢٧).

٢٧٤- (هـ) ثبوت النسب بالاقرار ولو كان كاذبا:

يثبت النسب بالاقرار فى المذهب الحنفى، ولو كان الاقرار كاذبا، فاذا كان المقر كاذبا فانه يتحمل اثم كذبه.

وفى هذا قضت محكمة النقض- دائرة الاحوال الشخصية- بأن:

١- «القول المعتبر فى الفقه الحنفى المعمول به أن النسب يثبت بالدعوة من غير أن يبين المقر وجه النسب سواء أكان المقر صادقا فى الواقع أم كاذبا فيكون عليه اثم ادعائه».

(طعن رقم ٤١ لسنة ٤٠ق- جلسة ١٩٧٥/١/١٥).

٢- «المقرر شرعا أن النسب يثبت بالاقرار وأن من أقر لمجهول النسب أنه ولده ولم يصرح فى اقراره بأنه ابنه من الزنا. فهو معترف ببنوة هذا الولد بنوة حقيقية وأنه خلق من مائه، سواء أكان صادقا فى الواقع أم كاذبا فيثبت لهذا الولد شرعا جميع أحكام البنوة».

(طعن رقم ٦٠ لسنة ٥٥ق- جلسة ١٩٨٦/٥/٢٧).

٣- « صدور الإقرار بالنسب مستوفيا شرائطه . أثره. عدم احتمال النفى ولاينفك بحال سواء كان المقر صادقا فى الواقع أو كاذبا».

(طعن رقم ٣٠١ لسنة ٦٢ ق- جلسة ١٩٩٦/١٢/١٦- غير منشور)

« الدعوة المثبتة للنسب . ماهيتها. أثرها ثبوت النسب بها وإن كذبتها الظواهر . جواز ورودها لاحقة على التبنى طالما لم يبين المقر وقت إقراره سبب البنوة».

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٦٣ ق- ١٩٩٧/٧/١٧)

(أنظر أيضا البند التالى).

٢٧٥- (٦) الاقرار بالنسب بعد ثبوت صحته لا يقبل النفي:

اذا أقر الرجل بالنسب وثبتت صحة الاقرار، فإنه لا يصح للمقر الرجوع عن اقراره، لأن النسب بعد ثبوته لا يقبل الابطال، ولا يصح بعد ذلك اقرار شخص آخر ببنوته[١].

وفى هذا قضت محكمة النقض- دائرة الأحوال الشخصية- بأن:

١ - «النسب فى جانب المرأة بالولادة ولا مرد لها وهو اذا ثبت يلزم ولا يحتمل النفى أصلا، وفى جانب الرجل يثبت بالفراش وبالاقرار وبالبينة وهو بعد الاقرار به لا يحتمل النفى لأن النفى يكون انكارا بعد الاقرار فلا يسمع».

(طعن رقم ١٦ لسنة ٣٤ق- جلسة ١٩٦٦/٣/٣٠).

---

(١) **وقد افتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٩٣٩/٥/٢ بأن:**

«اطلعنا على هذا السؤال ونفيد: أنه قد نص الفقهاء على أنه اذا أقر الرجل لولد مجهول النسب بأنه ولده وكان الولد يولد مثله لمثل المقر ولم يكن هذا الولد من أهل التصديق بأن كان لا يعبر عن نفسه أو كان من أهل التصديق وصدق المقر فى اقراره يثبت نسبه من المقر ولا يصح للمقر الرجوع لأن النسب بعد ثبوته لا يقبل الابطال ولا يصح بعد ذلك اقرار شخص آخر ببنوته لما جاء بالفتاوى الأنقروية عن التتار خانية أن شرط صحة اقرار الرجل بالولد الا يكون المقر له ثابت النسب من الغير.وهذا الولد باقرار الرجل الأول أصبح ثابت النسب منه فلا يصح اقرار غيره بنسبه بعد ذلك وبما ذكرنا علم الجواب عن السؤال متى كان الحال كما ذكر والله أعلم».

٢- «اقرار المتوفى ببنوة المطعون عليها الأولى حجة ملزمة فيثبت نسبه منه، وهو بعد الاقرار به لا يحتمل النفى، لأن النفى يكون انكارا بعد الاقرار ولا يسمع، ويثبت هذا النسب بمجرد اقرار الأب وان أنكرت الزوجة، اذ هو الزام له دون غيره، فلا يتوقف نفاذه على تصديقها، ولا يبطله اقرارها بالبكارة بعد ميلاد البنت، ولا كون التصادق على الزواج مسندا الى تاريخ لاحق لميلادها، كما أن اقرار الزوجة بالبكارة لا يفضى الى ابطال حق المقر لها، لأنها لا تملك ابطاله».

(طعن ٢٧ لسنة ٣٨ق- جلسة ١٩٧٢/٦/١٤).

٣- «النسب يثبت بالاقرار، وهو بعد الاقرار به لا يحتمل النفى، لأن النفى يكون انكارا بعد الاقرار فلا يسمع، واذا أنكر الورثة نسب الصغير بعد الاقرار، فلا يلتفت اليهم لأن النسب قد ثبت باعتراف المقر وفيه تحميل لنسبه على نفسه، وهو أدرى من غيره بالنسبة لما أقر به، فيرجح قوله على قول غيره».

(طعن رقم ٢٦ لسنة ٣٩ق- جلسة ١٩٧٣/١٢/٥).

٤- «النسب كما يثبت فى جانب الرجل بالفراش وبالبينة يثبت بالاقرار، ويشترط لصحة الاقرار بالبنوة أن يكون الولد مجهول النسب لا يعرف له أب وأن يكون ممكنا ولادة هذا الولد لمثل المقر وأن يصدق الولد المقر فى اقراره ان كان مميزا، وصدور الاقرار صحيحا مستوفيا شرائطه ينطوى على اعتراف ببنوة الولد بنوة حقيقية، وهو بعد الاقرار به لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال».

(طعن رقم ٤١ لسنة ٤٠ق- جلسة ١٩٧٥/١/١٥).

٥- «المقرر فى فقه الحنفية أن النسب كما يثبت فى جانب الرجل

بالفراش والبينة فانه يثبت بالاقرار ويشترط لصحة الاقرار بالبنوة أن يكون الولد مجهول النسب وأن يكون ممكنا ولادته لمثل المقر وأن يصدق الولد المقر فى اقراره ان كان مميزا وأنه متى صدر الاقرار مستوفيا هذه الشرائط فانه لا يحتمل النفي ولا ينفك بحال سواء أكان المقر صادقا فى الواقع أم كاذبا».

(طعن رقم ٩ لسنة ٥١ق- جلسة ١٩٨١/١٢/٢٩).

٦- «المقرر فى فقه الحنفية- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن النسب كما يثبت فى جانب الرجل بالفراش والبينة فانه يثبت بالاقرار وأنه متى صدر الاقرار مستوفيا شرائطه فانه لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال سواء أكان المقر صادقا فى الواقع أم كاذبا».

(طعن رقم ٢٠ لسنة ٥١ق- جلسة ١٩٨٢/٥/١٨).

٧- «النسب. ثبوته فى جانب الرجل بالفراش أو البينة أو الإقرار. إقرار المطعون ضده أمام محكمة أول درجة بنسب الصغيرة إليه. كفايته لثبوت نسبها منه بنفيه أو العدول عن إقراره بعد ذلك غير جائز».

(طعن رقم ١١٣ لسنة ٥٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩١/١/١٥).

٨- «الإقرار بالنسب صدوره مستوفيا شرائطه. أثره. لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال سواء أكان المقر صادقا فى الواقع أم كاذبا. إنكار الورثة نسب الصغير بعد إقرار الأب. لا أثر له. علة ذلك».

(طعن رقم ٩٩ لسنة ٥٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩١/٦/١١).

٩- «الإقرار بالنسب لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال. مؤداه لا يجوز للمقر نفسه ولا ورثته نفى النسب الذى أقربه الأب. علة ذلك».

(طعن رقم ٦٤ لسنة ٥٨ق «أحوال شخصية» جلسة ٣١/ ١٩٩٠/٧).

١٠- «الإقرار بالنسب صدوره مستوفيا شرائطه. أثره. لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال سواء أكان المقر صادقا فى الواقع أو كاذبا. انكار الورثة نسب الصغير بعد إقرار الأب. لا أثر له. علة ذلك».

(طعن رقم ١١٦ لسنة ٦٠ق «أحوالشخصية» جلسة ١٩٩٣/٧/١٣).

١١- «النسب- فى الفقه الحنفى- يثبت بالفراش وبالبينة وبالإقرار. صدور الإقرار بالنسب مستوفيا شرائطه. أثره. لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال- سواء أكان المقر صادقا فى الواقع أم كاذبا. إنكار الورثة نسب الصغير بعد إقرار الأب. لا أثرله. علة ذلك. الإقرار بالنسب فى مجلس القضاء أو فى غيره. صحيح».

(طعن رقم ١٣٦ لسنة ٦٠ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٣/١٢/٢٨).

١٢- «التبنى. ماهيته. الإقرار بالنسب صدوره مستوفيا شرائطه. أثره. لا يحتمل النفى ولا ينفكصادقا فى الواقع أم كاذبا. إنكار الورثة نسب الصغير بعد إقرار الأب. لا أثر له. علة ذلك».

(طعنان رقما ١٨٨،١٨٧ لسنة ٦٠ق «أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٤/٤/٢٦).

(طعن رقم ١١٩ لسنة ٦٠ق أحوال شخصية جلسة ١٩٩٤/٥/٣١).

١٣- « النفى الذى يكون معتبرا ويترتب عليه قطع نسب الولد . شرطه. عدم صحة النفى الذى يسبقه إقرار بالنسب نصا أو دلالة ، .علة ذلك».

(طعن رقم ٣٠١ لسنة ٦٢ق- أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٦/١٢/١٦- غير منشور).

٢٧٦- (٧) مدى حجية الاقرار بالنسب الذى يصدر فى دعوى أخرى:

أوضحت ذلك محكمة النقض في قضاء حديث لها صادر بتاريخ ١٩٨٦/٥/٢٧ في الطعن رقم ٦٠ لسنة ٥٥ق «أحوال شخصية» جاء به:

«المقرر شرعا أن النسب يثبت بالاقرار وأن من أقر لمجهول النسب انه ولده ولم يصرح فى اقراره بأنه من الزنا، فهو معترف ببنوة هذا الولد بنوة حقيقية، وأنه خلق من مائه سـواء كان صادقا فى الواقع أو كاذبا فيثبت لهـذا الولد شرعا جميع أحكام البنوة وان الاقرار اذا صدر أمام القضاء في دعوى متعلقة بالواقعة التى حصل عنها الاقرار هو اقرارقضائى حجة على المقر ويتعين على القاضى أن يأخذ به ويحكم بمقتضاه، أما الاقرار الذى صدر فى دعوى أخرى لا تتعلق بموضوع الاقرار فلا يعتبر اقرار قضائيا ويخضع لتقدير القاضى الذى يجوز له تجزئته كما أن له مع تقدير الظروف التى صدر فيها أن يعتبره دليلا كاملا أو مجرد قرينة أولا يأخذ به أصلا، كما أن الاقرار وان كان لا يجوز للمحامى مباشرته الا اذا كان مفوضا فيه غير أنه اذا كان الخصم حاضرا بشخصه وباشر محاميه الاقرار دون اعتراض منه أعتبر الاقرار صادرا من الموكل حتى ولو كان عقد وكالة المحامى لا يبيح له ذلك اذ أن حضور الموكل بالجلسة وعدم اعتراضه على الاقرار الذى يسنده اليه الوكيل فى حضوره يعتبر اقرارا من الموكل لهذا التصرف وذلك طبقا لصريح نص المادة ٧٩ من قانون المرافعات. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم ما تقدم وأقام قضاءه برفض دعوى الطاعن بنفى نسب الصغير « ٠٠٠ » اليه على سند من اقرار محاميه بهذا النسب فى حضوره ودون اعتراض منه فى القضية رقم ١٣٧٦٠ لسنة ١٩٨٠ جنح قويسنا واعتبار هذا الإقرار دليلا كاملا على ثبوته وذلك على قوله «أنه بالاطلاع على صورة محضر جلسة ١٩٨١/١/٢٠ فى القضية رقم ١٣٧٦ لسنة ١٩٨٠ جنح قويسنا تبين أنه جاء بهذا المحضر أن الحاضر مع المتهم «الطاعن» أقر بثبوت نسب الصغير ٠٠٠ من والده المتهم كما تبين من الاطلاع على صورة الحكم فى الجنحة المذكورة

الصادر فى ١٩٨١/١/٢٧ اعتراف المتهم (الطاعن) بارتكاب الواقعة وبثبوت نسب ولده له.

وحيث أن المقرر شرعا بأنه اذا أقر الرجل بأن فلانا ابنه كان ابنه من كل الوجوه بشرط (١) أن يولد مثله لمثله(٢) أن يكون الولد مجهول النسب (٣) الا يذكر أنه ولد ابن زنا لأن الزنا لا يصلح سببا للنسب، كما أن من المقرر شرعا أن النسب الذى يثبت بالاقرار لا يحتمل النفى... وأنه يحتاط فى اثبات االنسب ما لا يحتاط فى غيره احياء للولد.... وحيث أنه متى كان ذلك وكان الثابت أن الحاضر مع المتهم قرر بثبوت نسب الولد ... الى أبيه المستأنف عليه (الطاعن) وذلك بجلسة ١٩٨١/١/٢٠ كما جاء بالحكم الصادر فى الجنحة سالفة الذكر بتاريخ ١٩٨١/١/٢٧ اقرار المستأنف عليه فى مجلس الدعوى بثبوت نسب الولد ... له .... فاذا ما جاء المستأنف عليه وأقام دعوى نفى النسب المستأنف حكمها.... أى بعد الاقرار فانه يتعين الا يقبل منه هذا الانكار بعد الاقرار ولا يسمع خصوصا أنه لم يصرح بأن هذا ولده من الزنا ولم يطعن على الحكم ومحضر الجلسة سالفى الذكر بطعن ما ....

وحيث أنه لذلك وطبقا للقواعد الفقهية القضائية يكون المستأنف عليه (الطاعن) قد أقر بثبوت نسب الولد... اليه وهو اقرار استوفى شرائطه لأن الولد يولد مثله لمثل المستأنف عليه والصغير مجهول النسب ولم يصرح المستأنف عليه عند اقراره.. أنه ولده من الزنا... مما يكون اقراره مقبولا ويثبت به نسب الصغير اليه ولا عبرة بنفيه بعد الاقرار على النحو السابق ايضاحه... وحيث أنه بالبناء على ما تقدم يكون الحكم المستأنف قد جانبه الصواب حيث لم يتعرض لمسأله الرد على الاقرار بالنسب من المستأنف عليه... ويتعين لذلك الغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى» وهو من الحكم تطبيق صحيح للقانون واستخلاص سائغ مما له أصله الثابت بالأوراق ويكفى لحمل قضائه برفض دعوى الطاعن ويكون النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون على غير أساس» .

موضوع رقم (١٨)

ثبوت النسب بالبينة

يثبت النسب بالبينة، كما يثبت النسب بالفراش والاقرار.

فاذا ادعت امرأة على رجل أنها ولدت منه، ولم تكن هذه المرأة فراشا له بزوجية صحيحة أو فاسدة حصل بعدها دخول ولم تكن موطوءة بشبهة، أو ادعى شخص أبوة آخر أو أخوته أو عمومته، كان لكل منهما اثبات دعواه بالبينة[١].

٢٧٧ - نصاب البينة:

البينة فى اثبات النسب هى البينة الكاملة أى شهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

وقد نصت المادة (٣٥٥) من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا على أن:

«تثبت الأبوة والبنوة والأخوة وغيرها من أنواع القرابة بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول... الخ».

ولا يشترط فى الشهادة على النسب معاينة الشاهد واقعة الولادة، أو حضور مجلس العقد إن كان.

---

(١) وقد قضى بأن: «التفات الحكم عن طلب إحضار الصغير للمحكمة فى دعوى ثبوت النسب لا عليه طالما قام على أسباب سائغة تكفى لحمله».

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٥٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٠/٥/٢٢)

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١ - «النسب كما يثبت بالفراش أو الاقرار، يثبت بالبينة، بل أن البينة فى هذا المجال أقوى من مجرد الدعوى أو الاقرار، لا يشترط لقبولها معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد إن كان، وانما يكفى أن تدل على توافر الزواج والفراش بمعناه الشرعى».

(طعن رقم ٣٨ لسنة ٤٧ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٨٠/٣/٥ - ذات المبدأ طعن رقم ١١٧ لسنة ٥٥ق - جلسة ١٩٨٧/٥/١٩).

٢ - «المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن محكمة الموضوع غير ملزمة باجابة طلب الخصم بندب خبير فى الدعوى متى وجدت فيها ما يكفى لتكوين عقيدتها. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ثبوت نسب الصغيرة من الطاعن على ما استخلصه من البينة الشرعية وما حصله من أوراق الدعوى وكان لهذا التحصيل مأخذه، وكانت أسبابه كافية لحمل قضائه فلا تثريب على المحكمة ان هى التفتت عن اجابة تحليل دمه ودم الصغيرة للمقارنة بينهما إذ الأمر فى الاستجابة له متروك لتقديرها»[1].

(طعن رقم ٣٠ لسنة ٤٦ق - أحوال الشخصية - جلسة ١٩٧٨/٣/١).

---

(١) وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بتاريخ ١٩٦٨/١٠/٢١ فى الطعن رقم ١٢١٧ لسنة ٣٨ق بأن:

«متى كانت الحقائق العلمية المسلم بها فى الطب الشرعى الحديث تفيد أن تحليل فصائل الدماء قد تقطع نتيجته فى نفى نسب الطفل عند المنازعة فيه، وان كان من غير اللازم أن تقطع فى ثبوته، واتحاد الفصائل أو اختلافها بين الأصول والفروع أياً كان الرأى العلمى فيه، هو اعتبار عام لا ينهض فى وجه ما تمسك به المتهم فى خصوص دعواه من أن الطفل لا يمكن نسبته =

٣- «البينة في دعوى النسب هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين»

(طعن رقم ٤٧ لسنة ٥٥ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٨٨/١/٢٦).

٤- «النسب وثبوته في جانب الرجل بالفراش والإقرار والبينة. يكفي في البينة أن تدل على توافر الزواج والفراش بمعناه الشرعي».

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٦١ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٤/٩/٢٧)

٥- « البينة في دعوى النسب. ماهيتها. شهادة رجلينَ أو رجل وامرأتين»

(طعن رقم ١٧٦ لسنة ٦٣ق-أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٧/٧/٧)

٢٧٨- *الشهادة بالتسامع جائزة في اثبات النسب:*

الأصل في الشهادة أنه لايجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه - بالعين أو السماع - بنفسه، واستثنى الفقهاء من ذلك مسائل منها ما هو باجماع كالنسب.

وطبقاً لرأى الصاحبين المفتى به في المذهب الحنفي، تحل الشهادة بالسماع اذ أخبره بها رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول، على أن

= إليه ولو بدليل محتمل، محتكماً إلى الخبرة الفنية البحت التى لا تستطيع المحكمة أن تشق طريقها فيها إلا بمعونة ذويها، وكان لا يعرف حاصل ما كان ينتهي إليه رأى المحكمة لو ثبت لها بيقين من نتيجة تحليل الفصائل أن الطفل لا يمكن أن يعزى إلى المتهم، وكان رد الدفاع يحدث في وجدان القاضي ما يحدثه دليل الثبوت، فانه كان يتعين على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع الجوهرى عن طريق المختص فنياً وهو الطبيب الشرعي، أما وهى لم تفعل اكتفاء بما قالته من أنه ليس من اللازم أن تتحد فصائل دماء الأصول والفروع، فانها بذلك تكون قد أحلت نفسها محل الخبير الفني في مسألة فنية، ويكون حكمها معيباً بالاخلال بحق الدفاع مما يتعين معه نقضه».

يكون الاخبار من الشاهد وعن العدلين بلفظ الشهادة، ويغنى عن لفظ الشهادة فى القانون بالنسبة للشاهد حلفه اليمين أمام المحكمة أو القاضى المنتدب للتحقيق طبقاً للمادة (٨٦) من قانون الاثبات.

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

١ - «أجاز الحنفية الشهادة بالتسامع في مواضع منها النسب. واختلفوا في تفسيره وتحمل الشهادة به، فعن أبي حنيفة لا يشهد حتي يسمع ذلك من جماعة لا يتصور تواطؤهم علي الكذب ويشتهر ويستفيض وتتوافر به الأخبار وعلي هذا إذا «أخبره» رجلان أو جل وامرأتان لا تحل له الشهادة ما لم يدخل فى حد التواتر ويقع فى قلبه صدق الخبر، وعن الصاحبين إذا أخبره بذلك رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول يكفي وتحل له الشهادة. والفتوى على قولهما، واشترطوا فى الاخبار - هنا وعن العدلين - أن يكون بلفظ «أشهد» وبمعنى أن يشهدا عنده بلفظ الشهادة. والمتون قاطبة - والنقول المعتبرة أطلقت القول بأن الشاهد إذا فسر للقاضى ردت شهادته ولا تقبل فى جميع المواضع التى يجوز للشاهد الشهادة فيها بالتسامع، ومن الفقهاء من استثنى الوقف والموت فتقبل ولو فسر للقاضى أنه أخبره به من يثق به لأن الشاهد ربما يكون عمره عشرين سنة وتاريخ الوقف أو الموت مائة سنة فيتيقن القاضى أنه يشهد بالتسامع فكان الإفصاح كالسكوت.

واختلفوا فى معنى التفسير للقاضى أنه يشهد بالتسامع: فلو شهدا وفسرا وقالا شهدنا بذلك لأنا سمعنا من الناس لا تقبل. ولو قالا سمعنا من قوم لا يتصور اجتماعهم على الكذب لا تقبل وقيل تقبل، ولو قالا أخبرنا بذلك من نثق به فمنهم من قال أنه من التسامع ومنهم من قال أنه ليس منه وجعله الراجح، والظاهر أنه حيث أجيز للشاهد أن يشهد بالتسامع فى المواضع التى بينوها وجب أن يقضى بشهادته وان فسر والا كان فى المقام ما يشبه التناقض إذ كل ما فى الأمر أنهم يريدون تحميل الشاهد عبء ما يشهد به ولا يحملون القاضى ذلك».

(طعن رقم ١٣ لسنة ٣٣ق - جلسة ١٩٦٧/١/٤).

٢- «الطريق إلى تحمل الشهادة بالتسامع وحدها هو أن لا يشهد الشاهد حتى يسمع ذلك من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتواتر به الأخبار ويقع فى قلبه صدقها أو أن يخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان يحصل له به نوع من العلم الميسر فى حق المشهود به وأنهم أوجبوا على الشاهد أن يطلق أداء الشهادة ولايفسر للقاضى أنه يشهد بناء على ما سمع من الناس - وإذ كان ذلك فان تعييب الحكم بأنه لم يبين أنه توافرت فى أقوال الشهود شروط قبول الشهادة بالتسامع يكون فى غير محله إذ هى أمور تتصل بتحمل الشهادة وحليتها للشاهد، وكذلك تعييبه لأن أحداً منهم لم يشهد بواقعة معاصرة للواقعة المطلوب اثباتها ولا بما شهد به لديه عدلان ولم يدع الحكم أن ما شهدوا به تحققت فيه شروط التواتر إذ هى أمور تتصل بأداء الشهادة وحكاية ما تحمله الشاهد منها والشهادة بالتسامع - عند الأداء - يضرها الافصاح ويصححها السكوت وان يكن سكوتاً كالافصاح».

(طعن رقم ١٣ لسنة ٣٣ق - جلسة ١٩٦٧/١/٤)

٣- «الأصل فى الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه - بالعين أو السماع - بنفسه، واستثنى الفقهاء من ذلك مسائل منها ما هو باجماع كالنسب ومنها ما هو على الصحيح أو على أرجح الأقوال أو على أحد قولين مصححين أو على قول مرجوح أجازوا فيها الشهادة بالتسامع من الناس، وان لم يعاينها بنفسه، وهى ضرورة دعت إليها رعاية المصالح والحاجة الشديدة أو هى استحسان مرده والوجه فيه أنها أمور يختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها إلا هم وقد تتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون وأنها يقترن بها فى العادة ما تشتهر به فنزلت الشهرة فى كل منها منزلة العيان والناس يعتمدون فيها على الخبر فكان الخبر مسوغاً للشهادة ولو لم تقبل أدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام والحرج مدفوع

شرعاً. وهم مع ذلك لم يجوزوا للشاهد أن يشهد بالتسامع إلا إذا كان ما يشهد به أمراً متواتراً سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب واشتهر واستفاض وتواترت به الاخبار عنده ووقع فى قلبه صدقها لأن الثابت بالتواتر والمحسوس سواء، أو يخبره به - وبدون استشهاد - رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول فيحصل له نوع من العلم الميسر فى حق المشهود به وهى مراتب منها ما يفيد العلم كشهادة التواتر ومنها ما يفيد ظناً قوياً يقترب من القطع كشهادة الاستفاضة، ومنها ما يفيد ظناً دون شهادة الاستفاضة بأن يقولوا سمعنا سماعاً فاشياً أو لم نزل نسمع من الثقات، والفقهاء وقد أوجبوا على الشاهد أن لا «يفسر» للقاضى انما أرادوا بذلك تحميل الشاهد عبء ما شهد به لا تحميل القاضى هذا العبء».

(طعن رقم ١٣ لسنة ٣٣ق - جلسة ١٩٦٧/١/٤)

٤- «الأصل فى الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه بالعين أو بالسماع بنفسه واستثنى فقهاء الحنفية من ذلك مسائل منها ما هو باجماع كالنسب، ومنها ما هو على الصحيح أو على أرجح الأقوال أو على أحد قولين مصححين أو على قول مرجوح أجازوا فيها الشهادة بالتسامع استحساناً وان لم يعاينها بنفسه وهم مع ذلك لم يجوزوا للشاهد أن يشهد بالتسامع إلا إذا كان ما شهد به أمراً متواتراً سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب واشتهر واستفاض وتواترت الأخبار عنده ووقع فى قلبه صدقها لأن الثابت بالتواتر والمحسوس سواء أو يخبر به - وبدون استشهاد - رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول فيصبح له نوع من العلم الميسر فى حق المشهد به».

(طعن رقم ٣٥ لسنة ٣٤ق - جلسة ١٩٦٧/١١/١٥)

٥- «الشهادة بالتسامع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - جائزة عند الحنفية فى مواضع منها النسب وشرطها أن يكون ما يشهدبه الشاهد أمراً

متواتراً سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتواتر به الأخبار ويقع فى قلبها صدقها، أو أن يخبره به رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول».

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٣٩ق - جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠)

٦- «لا محل لتعييب الحكم بأنه لم يبين شروط الشهادة بالتسامع فى أقوال الشهود لأنها أمور تتصل بتحمل الشهادة وصلتها للشاهد».

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٣٩ق - جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠)

٧- «الشهادة بالتسامع - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - جائزةعند الأحناف فى مواضع منها النسب وشرطها أن يكون ما يشهد به الشاهد أمراً متواتراً مشتهراً سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتوافر به الأخبار ويقع فى قلبها صدقها».

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ٥٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٠/٢/٢٧)

(راجع أيضاً نقض ١٩٨١/٢/٢٧ طعن رقم ١٧ لسنة ٥٠ق - منشور بالكتاب الأول بند ٧٢).

٢٧٩- تقدير المحكمة لاقوال الشهود فى دعوى النسب:

قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - فى هذا الصدد بأن:

١- «يثبت النسب بالفراش والاقرار كما يثبت بالبينة فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بثبوت النسب على دعامات عدة من بينها شهادة الشهود الذين شهدوا باسلام الطاعن، واستخلص منها ما يتفق والثابت فى محضر التحقيق، وكان الدليل المستمد من شهادة الشهود يكفى لحمله، وكان استخلاص الواقع منها أمراً يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بتقدير

الدليل، فان النعى عليه يكون غير منتج، ولا يغير من ذلك ما أورده الحكم بشأن ثبوت النسب مع اختلاف الدين فهو افتراض جدلى لم يقم عليه قضاء».

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٣٠ق - جلسة ١٩٦٢/١٢/١٩)

٢- «تقدير أقوال الشهود أمر تستقل به محكمة الموضوع، فاذا كان الحكم المطعون فيه لم يأخذ فى اثبات النسب بأقوال الشهود وحدها وانما أخذ باقرار المتوفى بالزوجية وبنسبة الحمل المستكن إليه فى محضر تحقيق وبقيده فى دفاتر الصحة باعتباره ابناً له، فان النعى على الحكم بالقصور فى التسبيب يكون على غير أساس».

(طعن رقم ٤٠ لسنة ٢٩ق - جلسة ١٩٦٣/٦/١٩)

٣- « ثبوت النسب قبل الولادة. شرطه. أن يكون الحمل ظاهرا ويصدر الاعتراف به من الزوج».

(طعن رقم ٢٠١ لسنة ٦٢ق - جلسة ١٩٩٦/١٢/١٦- لم ينشر)

٤- «ثبوت النسب قبل الولادة. شرطه. أن يكون الحمل ظاهرا ويصدر الاعتراف به من الزوج. النفى الذى يكون معتبرا قاطعا للنسب. شرطه. عدم صحة النفى الذى يسبقه اقرار بالنسب نصا أو دلالة.

(طعن رقم ٣٣٦ لسنة ٦٣ق- جلسة ١٩٩٨/٣/١٦)

٢٨٠- البينة اقوى من الاقرار فى اثبات النسب:

البينة فى اثبات النسب أقوى من الاقرار، لأن الاقرار حجة قاصرة على المقر، أما البينة فهى حجة متعدية إلى الكافة، كما أن النسب وان ثبت فى الظاهر بالاقرار إلا أنه غير مؤكد.

وعلى ذلك لو تعارض اقرار وبينة فى دعوى النسب رجح جانب صاحب البينة فالاقرار يحتمل البطلان بالبينة لأنها أقوى منه.

موضوع رقم (١٩)
أحكام دعوى النسب

٢٨١ - سماع دعوى النسب:

يتعين التفرقة فى سماع دعاوى النسب بين حالتين:

الأولى: أن تكون الدعوى بأصل النسب أى الأبوة أو البنوة:

إذا رفعت الدعوى حال حياة الأب أو الأم أو الابن سمعت الدعوى مجردة بالنسب، فيصح أن يدعى شخص على آخر أنه ابنه بدعوى مجردة من غير المطالبة بحق آخر.

ومن باب أولى تسمع الدعوى ولو كانت ضمن حق آخر كالنفقة والميراث.

وإذا كانت الدعوى بعد وفاة الأب أو الأم أو الابن فلا تسمع الدعوى بالنسب استقلالاً، لأنها دعوى على ميت وهو غائب، والغائب لا يصح القضاء عليه قصداً ويصح تبعاً.

وانما يجوز أن ترفع دعوى النسب ضمن حق آخر كالميراث، لأن النسب لا يكون فيها مقصوداً لذاته بل هو وسيلة لاثبات الحق المتنازع فيه، والخصم هنا ليس هو الميت بل الورثة أو من بيده التركة.

الثانية: أن تكون الدعوى بما يتفرع عن النسب أى تتضمن تحميلاً للنسب على الغير:

فى هذه الحالة لا تسمع دعوى النسب مجردة أى على سبيل الاستقلال، لأنها تتضمن الدعوى على الغائب، وهو من حمل عليه

النسب، ولا تسمع الدعوى على غائب إلا إذا تضمنت حقاً لحاضر، كدعوى الاخوة ضمن دعوى النفقة أو دعوى العمومة ضمن دعوى الميراث[1].

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

١- «دعوى النسب بعد وفاة المورث لا يمكن رفعها استقلالاً وبالنسب وحده بل يجب أن تكون ضمن دعوى حق فى التركة يطلبه المدعى مع الحكم بثبوت نسبه».

(طعن رقم ٤٠ لسنة ٢٩ق - جلسة ١٩٦٣/٦/١٩)

٢- «الأصل فى دعوى النسب أنها تسمع ولو كانت مجردة وليست ضمن حق آخر متى كان المدى عليه بالنسب حياً وليس فيها تحميل النسب على الغير».

(طعن رقم ١٦ لسنة ٣٤ق - جلسة ١٩٦٦/٣/٣٠)

٣- «الأصل فى دعوى النسب أن ينظر إلى النسب المتنازع فيه، فلو كان مما يصح اقرار المدعى عليه به ويثبت باعترافه وليس فيه تحميل النسب على الغير، كالأبوة والبنوة فانها تسمع مجردة أوضمن حق آخر سواء ادعى لنفسه حقاً أو لم يدع».

(طعن رقم ٣٢ لسنة ٣٢ق - جلسة ١٩٦٦/٦/٢٩)

٤- «الأصل فى دعوى النسب - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن ينظر إلى النسب المتنازع فيه، فلو كان مما يصح اقرار المدعى عليه به ويثبت باعترافه وليس فيه تحميل النسب على الغير كالأبوة والبنوة، فانها

---

(١) على قراعة فى أصول المرافعات الشرعية ص٢٨ وما بعدها.

تسـمع مجـردة أو ضمن حق آخر، سواء ادعى لنفسه حقاً أو لم يـدع».

(طعن رقم ٣٠ لسنة ٣٩ق - جلسة ١٩٧٣/٧/١١)

٥- «الأصل في دعوى النسب - وعلى ما جرى به قضاء هـذه المحكمة - أن ينظـر إلى النســب المتنـازع فيه، فلو كان مما يصـح اقـرار المـدعى عليه بـه ويثبت باعترافه وليس فيه تحميل النسب على الغـير كالأبـوة والبنـوة فانهـا تسـمـع مجـردة أو ضـمن حق آخر سـواء ادعى لنفســه حقاً أو لم يدع».

(طعن رقم ٣٤ لسنة ٣٩ق - جلسة ١٩٧٤/٤/١٧)

٦- «المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأصل في دعوى النسب، النظر إلى النسب المتنازع فيه فلو كان مما يصح إقرار المدعى عليه به ويثبت باعترافه وليس فيه تحميل النسب على الغير كالأبوة والبنوة فانها تسمع مجردة أو ضمن حق آخر سواء ادعى لنفسه حقاً أو لم يدع».

(طعن رقم ٤١ لسنة ٤٠ق - جلسة ١٩٧٥/١/١٥)

٧- «لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن دعوى النسب بعد وفاة المورث لا يمكن رفعها استقلالاً، وبالنسب وحده، بل يجب أن تكون ضمن حق في التركة يطلب المدعى معه الحكم بثبوت نسبه، وكان الثابت أن الطاعنة أقامت دعواها رقم ٣٠٠ لسنة ١٩٧٦ كلى أحوال شخصية الجيزة بطلب الحكم بثبوت نسب الصغير فايز إلى والده المرحوم... ودون أى طلب حق له في التركة فان دعواها مجردة بالنسب تكون غير مسموعة كما انتهى إلى ذلك الحكم المطعون فيه صحيحاً ويكون النعي على غير أساس».

(طعنان رقما ٨٠، ٨١ لسنة ٥٤ق - جلسة ١٩٨٧/٢/١٧)

٨- «قبول دعوى النسب بعد وفاة طرفيها أو أحدهما. شرطه أن تكون ضمن دعوى الحق. اختصاص المحكمة بنظر دعوى الإرث بالنسبة لغير المسلمين. أثره اختصاصها بنظر دعوى النسب التي تضمنتها علة ذلك»

(طعن رقم ٦٨ لسنة ٥٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٣/٢/٢٣)

٩ « دعوى النسب بعد وفاة المورث لاترفع استقلالا . وجوب أن تكون ضمن دعوى حق فى التركة. علة ذلك».

(طعن رقم ١٧٦ لسنة ٦٣ ق « أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٧/٧/٧)

٢٨٢- جواز رفع دعوى النسب والشهادة فيه حسبة[١]:

يتعلق ثبوت النسب بحق الأم وبحق الصغير، ويتعلق به أيضاً حق الله تعالى لاتصاله بحقوق وحرمات أوجب الله رعايتها، فيكون حق الله تعالى فيها غالباً.

ولذلك يجوز أن ترفع دعوى النسب حسبة، وتقبل الشهادة فيه حسبه بلا طلب، فالشاهد يتقدم إلى القاضى من تلقاء نفسه فيكون قائماً بدور المدعى والشاهد، ويكون القاضى نائباً عن الله تعالى فيها فكأنه أقيمت دعوى[٢].

---

(١) الحسبة هى فعل ما يحتسب عند الله وفى اصلاح الفقهاء هى أمر بمعروف إذا ظهر تركه ونهى عن منكر إذا ظهر فعله وهى من فروض الكفاية وتصدر عن ولاية شرعية أصلية أو مستمدة - أضفاها الشارع على كل من أوجبها عليه وطلب منه القيام بها وذلك بالتقدم إلى القاضى بالدعوى والشهادة لديه أو باستعداء إلى المحتسب أو والى المظالم.

ودعوى الحسبة تكون فيما هو حق الله أو فيما كان حق الله فيه غالباً كالدعوى باثبات الطلاق البائن وبالتفريق بين زوجين زواجهما فاسد، وجمهور الفقهاء على عدم تقييد دعوى الحسبة بشرط الاذن أو التفويض من ولى الأمر.

(نقض - طعن رقم ٢٠ لسنة ٣٤ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٦٦/٣/٣٠)

(٢) الاستاذ على قراعة فى أصول المرافعات الشرعية ص١٨٥ وما بعدها - الاشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٤٢ وقد جاء به: «تقبل الشهادة حسبة بلا دعوى فى ثمانية مواضع مذكورة فى منظومة ابن وهبان. فى الوقف، وطلاق الزوجة وتعليق طلاقها، وحرية الأمة وتدبيرها، والخلع، وهلال رمضان، والنسب. =

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

١ - «ثبوت النسب وان كان حقاً أصلياً للأم لتدفع عن نفسها تهمة الزنا أو لأنها تعير بولد ليس له أب معروف، إلا أنه فى نفس الوقت حق أصلى للولد لأنه يرتب له حقوقاً بينها المشرع والقوانين الوضعية، كحق النفقة والرضاع والحضانة والارث، ويتعلق بها أيضاً حق الله تعالى لاتصاله بحقوق وحرمات أوجب الله رعايتها فلا تملك الأم إسقاط حقوق ولدها أو المساس بحقوق الله تعالى، فإذا كانت المطعون عليها قد تركت الخصومة فى دعوى ثبوت النسب نزولاً منها عن حقها فيه، فلا ينصرف هذا النزول إلى حق الصغير أو حق الله».

(طعن رقم ٣٠ لسنة ٣٥ق - جلسة ١٩٦٧/١١/٨)

٢- «من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه وان كان ثبوت النسب حق أصلى للأم لتدفع عن نفسها تهمة الزنا، أو لأنها تعير بولد ليس له أب معروف، فهو فى نفس الوقت حق أصلى للولد، لأنه يرتب حقوقاً بينها المشرع والقوانين الوضعية كحق النفقة والرضاع والحضانة والارث، ويتعلق به أيضاً حق الله تعالى لاتصاله بحقوق وحرمات أوجب الله رعايتها، فلا تملك الأم اسقاط حقوق ولدها أو المساس بحقوق الله تعالى. وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقرر «أن الاعتراف المنسوب إلى المطعون عليها بانكار نسب البنت، لا يؤثر على حق الصغيرة فى ثبوت النسب ولا يدفع ما ثبت بالبينة الشرعية» فإن النعى عليه يكون فى غير محله».

(طعن رقم ٢٤ لسنة ٣٩ق - جلسة ١٩٧٣/٥/٢٣)

= وزدت خمسة من كلامهم أيضاً: حد الزنا، وحد الشرب، والايلاء، والظهار وحرمة المصاهرة».

٣- «لئن كان ثبوت النسب - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يتعلق بحق الأم وبحق الصغير وبحق الله تعالى، ولا تملك الأم اسقاط حق وليدها فى هذا المجال فان الدعوى التى ترفعها الأم أو الغير بطلب ثبوت نسب الصغير يعتبر الأخير ماثلاً فيها وان لم يظهر فى الخصومة باسمه لنيابة مفترضة فى جانب رافعها لما ينطوى عليه من حق للخالق يصح أن ترفع به الدعوى حسبة».

(طعن رقم ٧ لسنة ٤٤ق - جلسة ١٩٧٥/١٢/٣١)[١]

٤- «ثبوت النسب حق أصلى للأم والولد. علة ذلك».

(راجع فى تنظيم إجراءات مباشرة دعوى الحسبة فى مسائل الأحوال الشخصية بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ مؤلفنا الدفوع فى قانون المرافعات فقا وقضاء سنة ٢٠٠٠).

(طعن رقم ١٠٤ لسنة ٥٩ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩١/٢/٥)

٢٨٣- النسب حق أصلى للأم والصغير ويتعلق به حق الله تعالى:

(راجع الأحكام المنشورة بالبند السابق).

٢٨٤- دعوى النسب يغتفر فيها التناقض[٢]:

من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الإسلامية أن التناقض مانع من سماع الدعوى، لاستحالة ثبوت الشئ وضده، ما لم يكن فى موضع خفاء فيكون عفواً ولا يمنع من سماعها.

---

(١) **وقد افتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٧٩/١٢/٢٠ بأن:**

«إذ كان ما تقدم وكان النسب فى الاسلام من حقوق الله تعالى التى تقابل التعبير القانونى الآن - النظام العام - وكانت مسائله ومنها التبنى محكومة بالقواعد المبينة فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ والمادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وهى أرجح الأقوال فى فقه مذهب أبى حنيفة.. الخ»

(٢) المقصود بالتناقض الذى يمنع من سماع الدعوى هو الذى يكون بين كلامين صدرا من شخص واحد ويظل باقياً دون أن يوجد ما يرفعه ويكون أحد =

والنسب – كما رأينا – نوعان مقصود لذاته، يدعى به دون حاجة إلى دعوى حق آخر كالأبوة والبنوة المباشرة، ونوع غير مقصود لذاته، بل المقصود طلب حق لا يتوصل إليه إلا باثبات النسب كالأخوة في طلب النفقة مثلاً، والعمومة في طلب الارث.

وأن التناقض انما يغتفر في النوع الأول فقط بخلاف الثاني، فان الفقهاء اعتبروه من باب دعوى المال، والتناقض لا يغتفر في دعوى المال[١].

واغتفر التناقض في دعوى النسب لأن النسب يبنى على العلوق (حمل المرأة) وهو ما يخفى[٢].

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

١- «من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التناقض مانع من سماع الدعوى بالنسب ما لم يكن في موضع خفاء فيكون عفواً وهو لا ينتفي إذا كان فيه تحميل للنسب على الغير كالاخوة والعمومة باعتباره غير مقصود لذاته بل يستهدف حقاً لا يتوصل له إلا باثبات النسب فيكون تناقضاً في دعوى مال لا في دعوى نسب».

(طعن رقم ١٠ لسنة ٢٩ق - جلسة ١٩٦٢/١/١٧)

٢- «التناقض لا يمنع من سماع الدعوى إذا وجد ما يرفعه بامكان حمل أحد الكلامين على الآخر، أو بتصديق الخصم أو بتكذيب الحاكم، أو

= الكلامين في مجلس القاضي والآخر خارجه ولكن يثبت أمام القاضي حصوله إذ يعتبر الكلامان وكأنهما في مجلس القاضي ويستوى في ذلك أن يكون التناقض من المدعي أو منه ومن شهوده أو من المدعى عليه.

(نقض طعن ١٠ لسنة ٢٩ق أحوال شخصية - جلسة ١٩٦٢/١/١٧).

(١) الدكتور عبدالعزيز عامر ص١٤٥ وما بعدها.

(٢) الأستاذ علي قراعة - أصول المرافعات الشرعية ص١٠ وما بعدها.

بقول المتناقض تركت الكلام الأول مع امكان التوفيق بين الكلامين وحمل أحدهما على الآخر

وإذ يبين من الأوراق أن دعوى الطاعنة على المطعون عليه - بثبوت نسب ابنتها منه - أنه تزوجها بعقد صحيح عرفى وعاشرها معاشرة الأزواج ورزقت منه على فراش الزوجية بابنتها، وكان ما أثبتته الطاعنة فى الشهادة الإدارية التى قدمتها مع طلب الحج - من أنها لم تتزوج بعد طلاقها من زوجها الأول، هذا القول لا ينفى لزوما أنها زوجة للمطعون عليه بعقد عرفى وانما ينصرف إلى نفى زواجها بوثيقة رسمية، وذلك لما هو متواضع عليه فى مصر من اطلاق الزواج على الزواج الموثق فقط، لما كان ذلك، فلا يكون هناك تناقض بين الكلامين يمنع سماع الدعوى».

(طعن رقم ١٩ لسنة ٣٩ق - جلسة ١٩٧٣/٤/٢٥)

٣- «من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن التناقض مانع من سماع الدعوى بالنسب ما لم يكن فى موضع خفاء فيكون عفواً وهو لا يغتفر إذا كان فيه تحميل للنسب على الغير كالإخوة والعمومة باعتباره غير مقصود لذاته بل يستهدف حقاً لا يتوصل إليه الا باثبات النسب فيكون تناقضاً فى دعوى مال لا فى دعوى نسب».

(طعن رقم ٥ لسنة ٤٣ق - جلسة ١٩٧٧/٦/٢٥)[1]

---

(١) وقد صدرت فتوى من دار الافتاء المصرية بتاريخ ٢٢ من جمادى الآخر ١٣١هـ (أصدرها فضيلة الشيخ محمد عبده) خالفت الرأى الوارد بالمتن والأحكام الصادرة من محكمة النقض التى تقصر التناقض الذى لا يمنع من سماع الدعوى، على ذلك الذى يحدث فى دعاوى النسب التى ليس فيها تحميلاً للنسب على الغير، وذهبت إلى أن التناقض يغتفر فى دعاوى النسب جميعاً.

=

٤ «وحيث أن هذا النعى مردود ذلك أن التناقض المانع من سماع الدعوى ومن صحتها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو أن يسبق من المدعى كلام مناف للكلام الذى يقوله فى دعواه، فيما لا يخفى سببه ما دام باقياً لم يرتفع، ولم يوجد ما يرفعه بامكان حمل أحد الكلامين على الآخر، أو بتصديق الخصم أو بتكذيب الحاكم أو قول

= ونتشر فيما يلى السؤال المرسل إلى دار الافتاء والفتوى الصادرة منها:

سئل:

توفى رجل عن ثلاث زوجات وأخت شقيقة وابن عم له عاصب وصدر حكم شرعى من محكمة احدى المراكز الشرعية بثبوت نسب ووراثة الأشخاص المذكورين إلى المتوفى وقد تصرف ابن العم المذكور فى استحقاقه ثم بعد صدور لائحة المحاكم الشرعية الجديدة ظهر شخص يدعى أنه ابن ابن عم المتوفى وأن ابن العم المذكور أقر قبل الحكم بثبوت وراثته وبعده بأنه ليس وارثا للمتوفى المذكور ولا قريباً له. فهل والحالة هذه لا تسمع دعواه المذكورة ولا بينة عليها. وعلى فرض صحتها يكون محجوباً بابن العم المذكور أم كيف الحال؟

أجاب:

«لو صح ما يدعيه ابن ابن العم المذكور من أن ابن العم أقر قبل الحكم بأنه ليس وارثا للمتوفى ولا قريباً له لا يبطل الحكم الذى صدر بثبوت نسبه بعد دعوى صحيحة، لما صرحوا به من أن التناقض فى النسب عفو لا يمنع صحة الدعوى به، ومثلوا لذلك بما لو قال: أنا لست بوارث له ثم ادعى ارثه وبين الجهة تصح، وعللوا ذلك بأن النسب مما يخفى كالطلاق وهذا هو الفرق بين دعاوى النسب والدعاوى التى تحصل فى الملك ويضربها التناقض وهذا التعليل يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون النسب من جهة الأصول والفروع أو غيرهما كما فى واقعتنا وما يوجد فى بعض الكتب من تصوير ما لا يبطل بالتناقض بدعوى نسب من جهة الأصول والفروع لا يقتضى التخصيص فاستنتاج التخصيص منه غير ظاهر. وفى الحقيقة أنه لا فرق بين نسب ونسب فى الخفاء والظهور كما ذكرنا. أما ما يتعلق بما يدعى المدعى صدوره من ابن العم بعد الحكم بصحة نسبه فلا أثر له لأن الحكم محا كل مطعن فى القبيل الذى ذكره. وبذلك يعلم أن تصرف ابن العم المذكور فيما ورثه نافذ شرعاً حيث لا مانع. ويعلم أيضاً أن ابن ابن العم المذكور على فرض ثبوت نسبه لا يكون وارثاً فى ذلك المتوفى لحجبه ابن العم المذكور والله أعلم»

المتناقض تركت الكلام الأول مع امكان التوفيق بين الكلامين وحمل احدهما على الآخر، وذلك لاستحالة ثبوت الشئ وضده، ويتحقق التناقض متى كان الكلامان قد صدرا من شخص واحد أمام القاضى أو كان أحد الكلامين فى مجلس القاضى والآخر خارجه، ولكن ثبت أمام القاضى حصوله إذ يعتبر الكلامان وكأنهما فى مجلس القاضى، ويستوى فى ذلك أن يكون التناقض من المدعى أو منه ومن شهوده أو من المدعى عليه، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق ان كلام المطعون ضدها فى مجلس القضاء وخارجه يدور حول ايهام الطاعن لها بأنه يكفى لانعقاد الزواج قراءة الفاتحة، وعلى هذا الأساس سلمته نفسها فعاشرها معاشرة الأزواج قبل انعقاد زواجهما صحيحاً فى... مما ينفى قيام التناقض المانع من سماع دفاعها فى دعوى الطاعن نفى نسب الصغيرة له ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم ١٢٤ لسنة ٥٦ق - جلسة ١٩٨٩/٣/٢٨)

٥- «النسب جواز إثبات دعواه بالبينة. تجوز فيه الشهادة بالشهرة والتسامع واغتفر التناقض فيها. إذا احتملت عباراتها الإثبات وعدمه صرف للإثبات وإذا تعارض ظاهران قدم المثبت له».

(طعن رقم ٣١ لسنة ٥٩ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩١/٦/١١)

٢٨٥- الأصل فى النسب الاحتياط. فيثبت مع الشك ويبنى على الاحتمالات النادرة:

الأصل الاحتياط فى ثبوت النسب ما أمكن، فيثبت مع الشك ويبنى على الاحتمالات النادرة التى يمكن تصورها بأى وجه، حملا لحال المرأة على الصلاح واحياء للولد - ولذا اعتبر النكاح فيه قائماً مقام الدخول ويثبت بالايماء مع القدرة على النطق، ويكون الاقرار به متعديا إلى غير المقر فيما إذا صدق معتدة الوفاة فى الولادة من الورثة رجلان أو رجل وامرأتان وهذا استثناء

من القــاعدة العامة فى الاقــرار وهى أن الاقــرار حجة قاصرة على المقر فقط دون غيره.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«النسب. جواز بناءه على الاحتمالات النادرة التى يمكن تصورها بأى وجه. استناده إلى زواج صحيح أو فاسد. ثبوته. شرطه. أن يكون الزواج ثابتاً لا نزاع فيه سواء كان الإثبات بالفراش أو بالإقرار أو بالبينة الشرعية».

(طعن رقم ٣١ لسنة ٥٩ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩١/٦/١١)

(راجع أيضاً نقض ١٩٨٦/٥/٢٧ منشور ببند ٢٦٥ - أسيوط الشرعية الكلية بتاريخ ١٩٢٣/٦/٢٦ .

٢٨٦- مدى حجية الحكم الصادر فى دعوى نفقة الصغير أمام المحكمة التى تنظر دعوى النسب:

أوضحت محكمة النقض مدى حجية الحكم الصادر فى دعوى نفقة الصغير أمام المحكمة التى تنظر دعوى نسب الصغير إذ ذهبت إلى أن:

١- «فى الدعوى بطلب بطلب نفقة للصغير يكون موضوع النسب قائماً باعتباره سبب الالتزام بالنفقة لا تتجه إلى المدعى عليه إلا به فيكون قائماً فيها وملازماً لها وتتبعه وجوداً وعدماً، وعلى ذلك فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض الدفع بعدم جواز نظر دعوى نسب الصغير استناداً إلى أن موضوعها يختلف عن موضوع دعوى النفقة فانه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه».

(طعن رقم ١٩ لسنة ٣٢ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٦٥/١/٢٠)

٢- «لئن كان الأصل في الدعوى بطلب نفقة للصغير أن يكون موضوع النسب قائماً فيها باعتباره سبب الالتزام بالنفقة لا تتجه إلى المدعى عليه إلا به فيكون قائماً فيها وملازماً لها وتتبعه وجوداً وعدماً أخذاً بأن سبب وجوب نفقة الولاد هو الجزئية النابعة من كون الفرع من صلب الأصل، إلا أنه يتعين للقول بحجية حكم النفقة فى موضوع النسب أن يعرض لهذه المسألة الأساسية ويمحصها باعتبارها سبب الالتزام بها، لما كان ذلك وكان البين من الاطلاع على حكم النفقة أنه صدر فى غيبة المدعى عليه - المطعون عليه الأول - وبنى قضاءه بنفقة للصغيرة على أساس القدرة المالية للمدعى عليه فيها مبيناً القاعدة العامة وشرائطها فى نفقة الفروع على الأصول وفقاً للقانون الواجب التطبيق دون أن يبحث انعقاد الزوجية التى تدعيها الطاعنة ومدى ثبوت نسب الصغيرة بالفراش وكان لا حجية لحكم قضى بالنفقة دون أن يناقش فعلاً واقعاً - وليس ضمناً أو قانوناً قرابة المحكوم عليه للمحكوم له فى صدد القرابة والنسب، فان الدفع بسبق الفصل فى صورة الدعوى المعروضة - دعوى انكار النسب - يقع على غير محل».

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٢٩ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٧٥/٢/٢٦)

٣- « الأصل فى الدعوى بطلب نفقة للصغير أن يكون موضوع النسب قائما فيها باعتباره سبب الالتزام بالنفقة لاتتجه إلى المدعى عليه إلا به فيكون قائما فيها وملازما لها وتتبعه وجودا وعدما أخذا بأن سبب وجوب النفقة للأولاد هى الجزئية النابعة من كون الفرع من صلب الأصل فإذا بحث الحكم الصادر بنفقة الإبن موضوع نسبه لأبيه باعتباره سبب الالتزام بالنفقة فقد صارت له حجية فيما يثار حول النسب فى دعوى لاحقة».

(طعن رقم ١٧٣ لسنة ٦٣ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٧/٥/٢٦)

٢٨٧- الأحكام الصادرة فى دعاوى النسب حجة على الكافة:

الأصل أن القضاء يقتصر على المقضى عليه ولا يتعدى إلى غيره، إلا أن الفقهاء استثنوا من ذلك عدة مسائل منها النسب، فيتعدى القضاء فيها إلى كافة الناس(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١ - «وحيث أن هذا النعى غير سديد ذلك أنه لما كانت حجية الأحكام تقوم على أساس قرينة قانونية قاطعة مفادها أن حكم القاضى هو عنوان الحقيقة بما فرضه المشرع فيه من حجية لا يجوز معها إعادة طرح النزاع من جديد أو قبول إثبات ما يخالفه وذلك رعاية لحسن سير العدالة وضماناً للاستقرار واتقاء تأبيد المنازعات أو وقوع التعارض بين الأحكام وهى أمور متعلقة بالنظام العام بل وتسمو على اعتباراته ومؤدى ذلك أن الحقيقة

(١) فقد جاء بالأشباه والنظائر ص٢١٩ ما يأتى: «القضاء يقتصر على المقضى عليه ولا يتعدى إلى غيره إلا فى خمس، ففى أربع يتعدى إلى كافة الناس فلا تسمع دعوى أحد فيه بعده: فى الحرية الأصلية والنسب.

وولاء العتاقة والنكاح كذا فى الفتاوى الصغرى. والقضاء بالوقوف يقتصر ولا يتعدى إلى الكافة فتسمع الدعوى فى الوقف المحكوم به كذا فى الخانية وجامع الفصولين. وفى واحدة يتعدى إلى من تلقى المقضى عليه الملك منه، فلو استحق المبيع من المشترى بالبينة والقضاء كان قضاء عليه وعلى من تلقى الملك منه، فلو برهن البائع بعده على الملك لم تقبل، ... الخ» - راجع أيضاً حكم المحكمة العليا الشرعية رقم ٣٧ لسنة ١٩٣٢ (منشور بمؤلف مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية للمستشار أحمد نصر الجندى ص١٠٥٩ وما بعدها)

القضائية قرينة قاطعة على الحقيقة الواقعة ويقتصر أثر هذه القرينة فى تخويل الخصوم حق التمسك بها وللمحاكم حق إثارتها من تلقاء نفسها كما يتوقف مداها - من حيث كونها مطلقة أو نسبية - على طبيعة ونوع وموضوع المسألة التى أقامت عليها تلك الحقيقة ومدى تعلقها بالنظام العام ومصلحة المجتمع العامة أو بمصالح الأفراد الخاصة فإن كانت متعلقة بمصالح عامة أو كان من شأنها تقرير مراكز قانونية فى المجتمع وكانت سلطة المحكمة فى شأنها غير مقيدةبإرادة الخصوم ولا مرهونة بما يقدمونه من أدلة - كما فى المسائل الجنائية أو مسائل الأحوال الشخصية أو التى تأبى طبيعتها إلا أن تكون عامة- فإن حجيتها تكون مطلقة وقبل الناس كافة - أما إذا كانت متعلقة بمصالح الأفراد الخاصة أو حقوقهم الذاتية ومرهونة بالتالى بإرادة الخصوم وما يقدمونه من أدلة فإن حجيتها تكون نسبية وقاصرة على أطرافها دون سواهم. وإذ كان ذلك وكانت مسائل الأحوال الشخصية وهى مجموعة متميزة من الصفات الطبيعية أو العائلية للشخص والتى رتب القانون عليها أثراً فى حياته الاجتماعية ككونه إنساناً ذكراً أو انثى وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً وكونه أباً أو ابناً وكونه كامل الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو عته أو جنون وباعتبار أنها تقوم على تقرير مراكز قانونية أو حالات أو صفات معينة يرتب عليها القانون أثراً فى حياة الأشخاص الاجتماعية ومن ثم فقد أحاطها المشرع بإجراءات وضمانات خاصة من بينها وجوب تمثيل النيابة العامة فيها بوصفها نائبة عن المجتمع وبالتالى فإن الأحكام الصادرة فيها تكون لها بهذه المثابة حجية مطلقة قبل الكافة وذلك دون التفات لما إذا كانت تلك الأحكام مقررة أو منشئة لما تضمنته من حقوق إذ أن الحقيقة القضائية فى مسائل الأحوال الشخصية

كالأهلية والزواج والبنوة والاسم والجنسية - سواء كانت صادرة إيجاباً بالقبول أو سلبياً بالرفض لا تعدو أن يكون تقريراً بمركز قانونى أو حالة أو صفة تتميز فى ذاتها بالوحدة والإطلاق وعدم القابلية للتجزئة وترتب بدورها آثاراً من شأنها تحديد وضع الشخص فى المجتمع مما لازمه أن تكون هذه الآثار واحدة ومطلقة وعامة قبل الكافة ومسلما بها منهم. ولما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدها الأولى قد قضى بثبوت نسبها لوالدها المطعون ضده الثانى من المرحومة/ زينب مصطفى اسماعيل بموجب الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٩٤٣ لسنة ١٩٦٤ كلى أحوال شخصية القاهرة وكان هذا الحكم بما تضمنه فى قضائه ببنوة المطعون ضدها الأولى استناداً إلى اقرار المطعون ضده الثانى قد انطوى على تقرير مركز قانونى لها يتحدد به وضعها فى المجتمع وحالتها فيه - والتى يرتب عليها القانون آثاراً معينة فى حياتها وقد قرر لها صلة تتميز بالوحدة والإطلاق بما يقتضى أن تكون قائمة قبل الكافه ومسلماً بها منهم ويكون للحكم بهذه المثابة حجية مطلقة قبل الكافة بما يعتبر معه الاعتداد بحجية هذا الحكم قبل الطاعنة لتعدى تلك الحجيةإليها»

(طعن رقم ١١٩ لسنة ٦٠ ق « أحوال شخصية» - جلسة ١٩٩٤/٥/٣١)

٢- « أحكام النسب- وفقا للرأى الراجح فى المذهب الحنفى - حجة على الكافة. علة ذلك. اعتباره من النظام العام. أثره. عدم نقضه بالجحود أو ارتداده بالرد أو انفساخه بعد ثبوته» .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٦٣ ق « أحوال شخصية» جلسة ١٧/ ١٩٩٧/٣)

٢٨٨- المحكمة المختصة بنظر دعوي النسب :

تنص المادة التاسعة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن : « تختص المحكمة الجزئية بنظر المسائل الواردة بهذه المادة .

وبمراعاة أحكام المادة (٥٢) من هذا القانون، يكون حكمها فى الدعاوى قابلا للطعن بالاستئناف مالم ينص القانون على نهائيته، وذلك كل على الوجه التالى :

أولاً : المسائل المتعلقة بالولاية على النفس :

١- الدعاوى المتعلقة بحضانة الصغير ورؤيته وضمه والانتقال به.

٢- الدعاوى المتعلقة بالنفقات وما فى حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها.

٣- الدعاوى المتعلقة بالإذن للزوجة بمباشرة حقوقها ، متى كان القانون الواجب التطبيق يقضى بضرورة الحصول على إذن الزوج لمباشرة تلك الحقوق.

٤- دعاوى المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما فى حكمها.

ويكون الحكم نهائيا إذا كان المطلوب لايتجاوز النصاب الانتهائى للقاضى الجزئى.

٥- تصحيح القيود المتعلقة بالأحوال الشخصية فى وثائق الزواج والطلاق.

٦- توثيق مايتفق عليه ذوو الشأن أمام المحكمة فيما يجوز شرعا.

٧- الإذن بزواج من لا ولى له.

٨- تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة، مالم يثر بشأنها نزاع.

ثانياً : المسائل المتعلة بالولاية على المال متى كان مال المطلوب حمايته لاتتجاوز قميته نصاب اختصاص المحكمة الجزئية.

١-...........الخ».

ونصت المادة العاشرة من القانون فى فقرتها الأولى على أن :

« تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التى لاتدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية ، ودعاوى الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة عليه». وإذ كانت دعوى النسب لم ترد ضمن المسائل المنصوص عليها بالمادة التاسعة، والتى تختص المحكمة الجزئية نوعيا بنظرها، فإنها تضحى من اختصاص المحكمة الابتدائية عملا بالفقرة الأولى من المادة العاشرة من القانون. وتختص بنظرها محليا المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه، فإذا لم يكن له موطن فى مصر تختص المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى.

وإذا تعدد المدعى عليهم ، كان الاختصاص للمحكمةالتى يقع فى دائراتها موطن أحدهم (م١٥ من القانون).

وقبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بتاريخ أول مارس سنة

٢٠٠٠ ، كانت تنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها، على أن تختص المحكمة الجزئية بالحكم ابتدائياً فى دعوى النسب فى غير الوقف، فلما صدر القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية نص فى مادته الثامنة على أن «تختص المحاكم الجزئية الوطنية بالمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية طبقاً لما هو مبين فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية عدا دعوى النسب فى غير الوقف والطلاق والخلع والمبارأة والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها والمشار إليها فى المادة السادسة من اللائحة، فانها تكون دائماً فى اختصاص المحاكم الابتدائية» .

وبذلك أصبحت دعاوى النسب فى غير الوقف من اختصاص المحاكم الابتدائية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«طبقاً للمادة الثامنة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية أصبحت دعاوى النسب فى غير الوقف والطلاق والخلع والمبارأة والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها من اختصاص المحاكم الابتدائية بعد أن كانت وفقاً للمادة السادسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من اختصاص المحاكم الجزئية» .

(طعن رقم ٢٠ لسنة ٣٤ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٦٦/٣/٣٠)

ويكون الحكم الصادر فى دعوى النسب من المحكمة الابتدائية قابلاً للطعن فيه بالاستئناف (مادة ٨ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، م١٠، ٣٠٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

(راجع أيضاً نقض ١٩٩٣/٢/٢٣ منشور ببند ٢٨١)

٢٨٩- تغيير أو تصحيح قيود الأحوال المدنية المتعلقة بالزواج والطلاق والنسب:

تنص المادة (٤٧) من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ فى شأن الأحوال المدنية على أن:

«لا يجوز إجراء أى تغيير أو تصحيح فى قيود الأحوال المدنية المسجلة عن وقائع الميلاد والوفاة وقيد الأسرة إلا بناء على قرار يصدر بذلك من اللجنة المنصوص عليها فى المادة السابقة.

ويكون إجراء التغيير أو التصحيح فى الجنسية أو الديانة أو المهنة – أو فى قيود الأحوال المدنية المتعلقة بالزواج أو بطلانه أو التصادق أو الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسمانى أو إثبات النسب بناء على أحكام أو وثائق صادرة من جهة الاختصاص دون حاجة إلى استصدار قرار من اللجنة المشار إليها»[(١)].

ويبين من ذلك أن المادة جعلت اللجنة[(٢)] المنصوص عليها فى المادة ٤٦ من القانون هى المختصة بحسب الأصل بإجراء أى تغيير أو تصحيح فى قيود الأحوال المدنية المسجلة عن وقائع الميلاد والوفاة وقيد الأسرة. إلا أنها استثنت

---

(١) وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون ١١ لسنة ١٩٦٥ المعدل للقانون ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ (الملغى) أنه: «ولما كانت المادة ٣٦ لا تجيز إجراء أى تصحيح أو تغيير فى قيود واقعات الأحوال المدنية إلا بحكم نهائى، وذلك ضماناً لحجية القيود إلا أن الجانب العملى لتطبيق حكم هذه المادة كشف عن صعوبة إعمال هذا النص، ومن ثم فقد رئى أن يتم التغيير أو التصحيح بقرار يصدر من اللجنة المنصوص عليها فى المادة ٤١ وهى تضم عنصراً قضائياً إذ أنها برئاسة رئيس نيابة وعضوية مدير صحة المحافظة ومفتش الأحوال المدنية مما يحيط قراراتها بالضمانات الكافية».

(٢) تشكل هذه اللجنة فى دائرة كل محافظة من:

رئيس النيابة العامة	رئيساً
مدير صحة المحافظة	عضوين
مفتش السجل المدنى	

من هذا الأصل التغيير أو التصحيح فى الجنسية أو الديانة أو المهنة وفى قيود الأحوال المدنية المتعلقة بالزواج أو بطلانه أو التصادق أو الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسمانى أو إثبات النسب فأوجبت أن يكون ذلك بناء على أحكام أو وثائق صادرة من جهة الاختصاص دون حاجة إلى استصدار قرار بذلك من اللجنة المشار إليها.

ومفهوم ما تقدم - فى نطاق بحثنا - ما يأتى:

١ - أن أى تغيير أو تصحيح فى قيود الأحوال المدنية المتعلقة بالزواج أو بطلانه أو التصادق أو الطلاق أو التطليق، يجب أن يكون بناء على أحكام أو وثائق صادرة من جهة الاختصاص.

ومثال ذلك فى عقد الزواج: التغيير أو التصحيح فى تاريخ العقد، وفى إشهادات الطلاق: التغيير أو التصحيح فى وصف الطلاق كأن يثبت المأذون بالإشهاد أن الطلاق رجعي حين أنه بائن أو العكس أو يثبت فيه أن الطلقة أولى فى حين أنها ثانية أو العكس.

٢ - أن التغيير أو التصحيح فى اثبات النسب يجب أن يكون بناء على أحكام أو وثائق صادرة من جهة الاختصاص، ولو لم يكن النسب وارداً فى أحد القيود سالفة الذكر (الموضحة برقم ١)، كما إذا أثبت بالقيود الخاصة بالمواليد، اسم أب أو أم أو جد مثلاً غير الأب أو الأم أو الجد الحقيقى[1].

---

(١) قارن حكم محكمة طنطا الكلية الصادر بتاريخ ١٩٨٧/١٢/٨ فى الدعوى رقم ٥١٢ لسنة ١٩٨٧ نفس كلي. وننشر الحكم كاملاً فيما يلي:

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع المرافعة ورأى النيابة والمداولة قانوناً.

من حيث أن واقعات هذه الدعوى تخلص فى أنها أقيمت من المدعية بصحيفة قدمت لقلم كتاب هذه المحكمة فى ١٩٨٧/٣/٣٠ وأعلنت قانوناً للمدعي عليهما الأول والثانى بصفتهما طلبت فى ختامها الحكم بتصحيح اسم الأم بشهادة ميلاد الصغير محمد حسين عبدالفتاح من فريال متولى سالم إلى هيام السيد محمد وساقت شرحاً لدعواها قائلة أنها أنجبت بتاريخ ١٩٧٩/٩/١٥ على فراش الزوجية ابناً لها وقد دون بشهادة ميلاده أن =

=اسم والـدته فريال متولى سالم الزوجة الثانية للمدعى عليه الثالث، وأنه لما كان ذلك فقد أقامت هذه الدعوى للحكم لها بما تقدم من طلبات، وقدمت تأييداً لدعواها حافظتى مستندات طويت الأولى على صورة قيد ميلاد باسم محمد حسين عبدالفتاح ثابت بها أن اسم والد المولود هو حسين عبدالفتاح مصطفى وأن اسم والدته فريال سالم وطويت الحافظة الثانية على اقرار منسوب للمدعى عليها الرابعة أقرت فيه بأنها ليست أم الصغير محمد حسين عبدالفتاح وأن الأم التى أنجبته هى هيام السيد محمد.

وحيث أن الدعوى تداولت بالجلسات على النحو الثابت بمحاضرها قدم خلالها الطرفان محضر صلح لالحاقه بمحضر الجلسة واثبات محتواه فيه وبجلسة ١٩٨٧/١٢/٢١ مثلت المدعية وصممت على الدعوى وقد فوضت النيابة الرأى للمحكمة وبتلك الجلسة قررت المحكمة حجز الدعوى للحكم بجلسة اليوم.

وحيث أنه يتضح من العرض المتقدم للواقعة أن موضوع الدعوى هو تصحيح اسم فى شهادة ميلاد. لما كان ذلك وكان من المقرر وفق أحكام القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ المعدل بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٥ أن لجنة الأحوال المدنية هى المختصة أصلياً بالفصل فى طلبات تصحيح قيود الأحوال المدنية فى سجلات الواقعات وفى السجل المدنى وفى طلبات قيد المواليد والوفيات (م٤١) وأجيز استثناء من هذا الأصل أن يكون إجراء التغيير لتصحيح فى قيود الأحوال المدنية المتعلقة بالزواج أو بطلانه وفى الجنسية والديانة.. الخ من اختصاص المحاكم (م٣٦). لما كان ذلك فان الدعوى الماثلة من اختصاص لجنة الأحوال المدنية ولا ولاية للمحكمة فى اجراء هذا التصحيح وتقضى المحكمة من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى لتعلقه بالنظام العام دون الاحالة التى لا تكون إلا لمحكمة طبقاً لمفهوم المخالفة عملاً بنص المادة ١١٠ مرافعات.

وحيث أنه عن المصروفات فان المحكمة تلزم بها المدعية لخسرانها الدعوى عملاً بنص المادة ١/١٨٤ مرافعات.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة: بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى، والزمت المدعية المصروفات وعشرة جنيهات مقابل أتعاب المحاماة.

رئيس المحكمة

ولما كانت المادة التاسعة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية تنص على اختصاص المحكمة الجزئية بتصحيح القيود المتعلقة بالأحوال الشخصية فى وثائق الزواج والطلاق، فإن المحكمة الجزئية تضحى المختصة بتغيير أو تصحيح قيود الأحوال المدنية المتعلقة بالزواج والطلاق، عدا ما يتعلق بالنسب فإنه يكون من اختصاص المحكمة الابتدائية.

موضوع رقم (٢٠)

اللقيط

٢٩٠- تعريف اللقيط:

اللقيط مولود نبذه أهله، فراراً من تهمة الزنا، أو خوفاً من الفقر، أو لسبب آخر. والتقاطه مندوب إليه إذا وجد فى مكان لا يغلب على الظن هلاكه لو ترك فيه، فإذا غلب على الظن هلاكه لو ترك فيه، كان التقاطه فرض عين على من وجده، لأنه مخلوق انسانى ضعيف لم يقترف ما يستحق به اهمالاً أو ايلاماً، فيكون جديراً بالعطف والرعاية.

٢٩١- الأحق باللقيط:

الملتقط هو أحق الناس بامساك اللقيط وحفظه من غيره لأنه هو الذى أحياه بالتقاطه، وليس لأحد أن يأخذه منه جبراً إلا إذا لم يكن أهلاً لحفظه.

وإذا التقطه أكثر من واحد، فالأحق به أرجحهم بالإسلام أو بالقدرة على حفظه وتربيته، فان تساووا وضعه القاضى عند أصلحهم لشئونه فى نظره.

٢٩٢- حرية اللقيط واسلامه:

يعتبر اللقيط حراً على ما هو الأصل فى الانسان. ويعتبر مسلماً إذا وجد فى دار الاسلام، أو التقطه مسلم من أى مكان.

أما إذا التقطه ذمى وفى محلة أهل الذمة فهو على دين من التقطه.

٢٩٣- مال اللقيط:

اللقيط أهل للملك لأنه حر، فإذا وجد معه مال فهو ملك له، لأنه صاحب اليد عليه.

٢٩٤- الولاية على اللقيط

الولاية على اللقيط للقاضى، فليس للملتقط ولاية على نفسه ولا على ماله، إلا ولاية الحفظ عليه وعلى ماله، فهو الذى يقبض ما يوهب له أو يتصدق به عليه، ويشترى له ما لابد منه من طعام وكسوة، ويقوم بما يلزم لتعليمه فإذا لم يجد فيه قابلية لتلقى العلم، علمه حرفة.

وإذا كان للقيط مال فلا ينفق منه الملتقط على اللقيط إلا باذن القاضى، فإذا أنفق بغير إذنه ولم يشهد أنه أنفق ليرجع كان متبرعاً[١].

وان لم يوجد مع اللقيط مال ولم يوجد من يتبرع بالانفاق عليه كانت نفقته فى بيت المال إذا أقام بينة على أنه لقيط لأنه ربما يكون ابنه، والبينة هنا ليست على أوضاع البينات فانها لم تقم على خصم حاضر، وانما لترجح صدقه فى اخباره فهى لكشف الحال والبينة لكشف الحال مقبولة وان لم تكن على خصم[٢]

ويلزم بيت المال فضلاً عن نفقة اللقيط وكسوته وسكناه، دواءه إذا مرض ومهرا إذا زوجه القاضى ويكون ارثه ولو دية لبيت المال وعليه ارش جنايته[٣].

٢٩٥- نسب اللقيط

---

(١) على حسب الله ص٢٤٣ – مادة (٣٥٩) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.

(٢) شرح فتح القدير جـ٦ طبعة ١٣٨٩هـ – ١٩٧٠م – ص١١٠ وما بعدها.

(٣) مادة (٣٦٤) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا

إذا ادعى شخص ولو كان ذمياً بنوة اللقيط ثبت نسبه إذا توافرت شروط النسب بالدعوة التى ذكرناها فيما سلف، إذا لم يدع الملتقط نسبه قبله أو مقارناً له، فإن الملتقط هو الذى يفضل ولو كان ذميا والخارج مسلما لاستوائهما فى الدعوى ولأحدهما يد فكان صاحب اليد أولى.

أما إذا أقام أى منهما بينة فهو الأولى لأن البينة أقوى من الاقرار.

وان ادعاه اثنان خارجان - ليس الملتقط من بينهما - وسبقت دعوى أحدهما على الآخر فهو ابن السابق عند عدم تقديم البينة وان ادعياه معا ووصف احدهما علامة فيه ووجدت مطابقة يقضى له به ما لم يقدم الآخر بينة.

وان ادعاه مسلم وذمى معاً فالمسلم أولى به. وان استوى المدعيان معا ولم يكن لأحدهما مرجح على الآخر يثبت نسبه منهما ويلزمهما فى حقه ما يلزم الآباء للأبناء من أجر الحضانة والنفقة بأنواعها ويرث من كل منهما ان كان أهلاً للميرات[1].

٢٩٦- ادعاء المرأة بنوة اللقيط:

إذا ادعت بنوة اللقيط امرأة متزوجة، وصادقها الزوج على ذلك أو أقامت بينة على ولادتها أو شهدت لها القابلة صحت دعواها وثبت نسبه منها ومن زوجها. وإذا لم تكن المرأة متزوجة، فلا يثبت نسب اللقيط منها إلا إذا أقامت بينة كاملة من رجلين أو رجل وامرأتين[2].

---

(١) شرح فتح القدير جـ٦ ص١١١ وما بعدها - مادة (٣٦٢) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.

(٢) مادة (٣٦٣) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.

وسبب التفرقه بينها وبين الرجل حيث تقبل دعواه بدون بينة، ولا تقبل دعواه إلا ببينة. أن في ثبوت النسب للرجل المدعى دفعاً للعار عن اللقيط بانتسابه إلى أب معروف، ولا يوجد ذلك في دعوى المرأة، لأنه ينسب إليها متى أتت به من طريق مشروع وغير مشروع[1].

٢٩٧- المعمول به في جمهورية مصر العربية بشأن اللقيط:

كان ينظم ما يتبع في شأن العثور على اللقطاء وما يتخذ بصددهم من إجراءات في جمهورية مصر العربية القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ في شأن الأحوال المدنية ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير الداخلية رقم ١١٢١ لسنة ١٩٩٥. ولما صدر القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ بإصدار قانون الطفل أعاد تنظيم هذه المسألة ونعرض الأحكام التي وردت به فيما يلي:

١- على كل من عثر على طفل حديث الولادة في المدن أن يسلمه فورا بالحالة التي عثر عليه بها إلى إحدى المؤسسات المعدة لاستقبال الأطفال حديثي الولادة أو أقرب جهة شرطة التي عليها أن ترسله إلى إحدى المؤسسات، وفي الحالة الأولى يجب على المؤسسة إخطار جهة الشرطة المختصة.

وفي القرى يكون التسليم إلى العمدة أو الشيخ بمثابة التسليم إلى جهة الشرطة، وفي هذه الحالة يقوم العمدة أو الشيخ بتسليم الطفل فوراً إلى المؤسسة أو جهة الشرطة أيهما أقرب.

وعلى جهة الشرطة في جميع الأحوال أن تحرر محضراً يتضمن جميع البيانات الخاصة بالطفل ومن عثر عليه ما لم يرفض الأخير ذلك، ثم تخطر جهة الشرطة طبيب الجهة الصحية المختصة لتقدير سنه وتسميته تسمية ثلاثية،

---

(١) الدكتور محمد مصطفى شلبي ص ٧٣٢.

وإثبات بياناته فى دفتر المواليد، وترسل الجهة الصحية صورة المحضر وغيره من الأوراق إلى مكتب السجل المدنى المختص خلال سبعة أيام من تاريخ القيد بدفتر مواليد الصحة.

وعلى أمين السجل المدنى قيد الطفل فى سجل المواليد. وإذا تقدم أحد الوالدين إلى جهة الشرطة بإقرار بأبوته أو أمومته للطفل حرر محضر بذلك تثبت فيه البيانات المنصوص عليها فى المادة (١٦) من القانون، وترسل صورة من المحضر إلى السجل المدنى المختص خلال سبعة أيام من تاريخ تحرير المحضر (م٢٠).

٢- يكون قيد الطفل المشار إليه فى المادة السابقة طبقا للبيانات التى يدلى بها المبلغ وتحت مسئوليته عدا إثبات اسم الوالدين أو أحدهما فيكون بناء على طلب كتابى صريح ممن يرغب منهما.

ولايكون لهذا القيد حجية تتعارض مع القواعد المقررة فى شأن الأحوال الشخصية(م٢١).

٣- استثناء من حكم المادة السابقة لايجوز لأمين السجل ذكر اسم الوالد أو الوالدة أو كليهما معا، وإن طلب منه ذلك، فى الحالات الاتية:

١- إذا كان الوالدان من المحارم فلا يذكر إسماهما.

٢- إذا كانت الوالدة متزوجة وكان المولود من غير زوجها فلا يذكر اسمها.

٣- بالنسبة إلى غير المسلمين، إذا كان الوالد متزوجا وكان المولود من غير زوجته الشرعية فلا يذكر اسمه إلا إذا كانت الولادة قبل الزواج أو بعد فسخه، وذلك عدا الأشخاص الذين يعتنقون دينا يجيز تعدد الزوجات.

وتحدد اللائحة التنفيذية البيانات التى تذكر فى شهادة الميلاد فى الحالات سالفة الذكر (م٢٢).

ولم تصدر اللائحة التنفيذية للقانون المذكور حتى تاريخ الطبع.

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

«قيد طفلة، وردت إلى ملجأ الرضع باسم.... لايفيد أنها ابنة لشخص حقيقي يحمل هذا الاسم وأنها معلومة النسب، لما هو مقرر من إطلاق اسم على اللقطاء تمييزا لهم وتعريفا بشخصيهم عملا بالمادة ١٠ من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩١٢ بشأن المواليد والوفيات والتى أوجبت اطلاق اسم ولقب على حديث الولادة».

(طعن رقم ٢ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٦/٣/١٠)

وتتولى الشرطة بمجرد إبلاغها بالعثور على اللقيط إجراء التحريات عن ظروف نبذه، توصلا إلى معرفة والديه.

وإذا أراد أحد الأشخاص تسلم أحد اللقطاء لتربيته فإنه يجاب إلى طلبه متى كان قادرا على ذلك مع أخذ التعهد عليه للقيام بواجباته دون أن يترتب على ذلك وجود علاقة من العلاقات الموجودة بين الآباء والأبناء.

موضوع رقم (٢١)

احكام المفقود

٢٩٨ - النصوص القانونية :

(أ) المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ :

(مادة ٢١ معدلة بالقانونين رقمي ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ [١]. ٣٣ لسنة ١٩٩٢ [٢]).

«يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده.

ويعتبر المفقود ميتا بعد مضى سنة من تاريخ فقده، فى حالة ما اذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت، أو كان فى طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية.

ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع، بحسب الأحوال، وبعد التحرى واستظهار القرائن التى يغلب معها الهلاك، قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا فى حكم الفقرة السابقة. ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود.

وفى الأحوال الأخرى يفوض تحديد المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى على ألا تقل عن أربع سنوات، وذلك بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة ان كان المفقود حيا أو ميتا [٣]».

---

(١) الجريدة الرسمية فى ١٩٥٨/٧/٣١ العدد(٢١).

(٢) الجريدة الرسمية فى أول يونية سنة ١٩٩٢ العدد ٢٢ مكرر(ب)

(٣)وكان نصها قبل تعديلها بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ الآتى:

«يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده.

=

(مادة ٢٢ معدلة بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨)

بعد الحكم بموت المفقود أو صدور قرار وزير الحربية باعتباره ميتا على الوجه المبين فى المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو القرار(١).

(ب)- القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠:

مادة(٧) : ألغيت بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩(٢).

= وأما فى جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا».

وكان نصها قبل تعديلها بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ الآتى:

«يحكم بموت المفود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده على أنه بالنسبة إلى المفقودين من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية يصدر وزير الحربية قرارا باعتبارهم موتى بعد مضى الأربع سنوات، ويقوم هذا القرار مقام الحكم.

وأما فى جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة ان كان المفقود حيا أو ميتا».

(١) وكان نصها قبل التعديل الآتى:

«بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة فى المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم».

(٢) وكانت تنص علي أن:

« إذا كان للمفقود – وهو من انقطع خبره- مال تنفق منه زوجته جاز لها أن ترفع أمرها إلى القاضى، وتبين الجهة التى يظن أنه سار إليها ويمكن أن يكون موجودا بها. وعلى القاضى أن يبلغ الأمر إلى وزارة الحقانية لتجرى البحث عنه بجميع الطرق الممكنة، فاذا مضت مدة أربع سنين من حين رفع الأمر إلى القاضى، ولم يعد الزوج ولم يظهر له خبر يعلن القاضى الزوجة فتعتد عدة وفاة أربعة أشهر وعشرة أيام، وبعد انقضاء العدة يحل لها أن تتزوج بغيره».

مادة(٨) : اذا جاء المفقود أو لم يجيء، وتبين أن حي فزوجته له ما لم يتمتع الثاني بها غير عالم بحياة الأول، فان تمتع بها الثاني غير عالم بحياته كانت للثاني ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول.

٢٩٩- تعريف المفقود:

المفقود لغة المعدوم، وشرعا هو الذى انقطعت أخباره ولا يعرف مكانه ولا يعلم حياته ولا موته[١].

وقد نظم المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال ادارة أموال الغائب.

فنص على أن تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب كامل الأهلية فى الأحوال الآتية متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه. (أولا) : اذا كان مفقودا لاتعرف حياته أو مماته. (ثانيا) : اذا لم يكن له محل اقامة ولا موطن معلوم، أو كان له محل اقامة أو موطن معلوم خارج جمهورية مصر واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه فى ادارتها (م٧٤). واذا ترك الغائب وكيلا عاما تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى والا عينت غيره(م٧٥).

وتنتهى الغيبة بزوال سببها أو بموت الغائب أو بالحكم من جهة الأحوال الشخصية باعتباره ميتا (م٧٦).

٣٠٠- حالة المفقود قبل الحكم بموته:

يعتبر المفقود حيا باستصحاب الحال التى كان عليها قبل فقده.

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٤ ص ٢٩٢.

والاستصحاب عند علماء الأصول عبارة عن ابقاء ماكان على ما كان من قبل حتى يقوم الدليل على تغيره.

وما دام القاضى لم يحكم بموت المفقود أو لم يصدر قرار من رئيس مجلس الوزراء أو من وزير الحربية بذلك - فى حالات خاصة سيأتى شرحها- فانه يعتبر حيا فتبقى أمواله على ملكه وتجب عليه فى ماله النفقة لزوجته مدة فقده ولكل من تجب عليه نفقتهم وتبقى زوجته على عصمته ما لم يحكم القاضى بتطليقها عليه بناء على طلبها بعد مضى سنة فأكثر من غيبته لتضررها من بعده عنها، أو لعدم انفاقه عليها وعدم وجود مال ظاهر له يمكن استيفاء نفقتها منه.

ولما كانت حياة المفقود غير محققة بل هى حياة اعتبارية فلا يترتب على حياته الأحكام التى يشترط فيها تحقق حياة الشخص كالارث من الغير واستحقاق الوصية. فلا يرث المفقود من غيره ولا يستحق ما أوصى به له، ولكن للاحتياط ومحافظة على حقوق المفقود يحجز له نصيبه من تركة مورثه المتوفى أثناء فقده، وما أوصى به له، كما لو كان محقق الحياة إلى أن يتبين حاله، فاذا ظهر حيا استحق بالفعل نصيبه فى الإرث وما أوصى به له، وان حكم القاضى بموته ترتبت على ذلك الأحكام التى سنذكرها فيما بعد.

وينبنى على ذلك أنه اذا كان المفقود ممن يحجب الورثة الموجودين وقت الوفاة حجب حرمان، فانه لا يسلم اليهم شىء، ويوقف توزيع مال التركة كله، أما اذا كان يحجبهم حجب نقصان يعطى لكل واحد منهم الأقل من نصيبه على تقدير حياة المفقود.

وحاصل ما تقدم أن المفقود يعتبر حيا فى حق الأحكام التى تضره وهى المتوقفة على ثبوت موته، ويعتبر ميتا فيما ينفعه ويضر غيره، وهو ما يتوقف على حياته.

٣٠١- متى يحكم بموت المفقود؟

يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده.

والمقصود بالمفقود الذى يغلب عليه الهلاك المفقود الذى يغيب فى حالة يغلب فيها الظن بموته، كمن فقد إثر غارة جوية، أو وقوع كارثة حريق أو هدم مسكنه أو محله أو كمن ذهب للصلاة ولم يعد.

ويحكم القاضى فى هذه الحالة بالفقد بعد أربع سنين من تاريخ الفقد[١]، وتحتسب هذه المدة طبقا للسنة الهلالية لأنها الأصل فى التقويم

---

(١) وتحديد السنوات الأربع فى المفقود يرجع إلى تشريع لعمر بن الخطاب ذلك فقد روى أن رجلا استوهته الجن، فأتت امرأته عمر فأمرها أن تتربص أربع سنين، ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها، ثم أمرها أن تعتد فاذا انقضت عدتها تزوجت، فان جاء زوجها خير بين امرأته والصداق.

وروى مالك فى الموطأ أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال: ﴿أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فانها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل﴾، ولأن زوجها منع حقها بالغيبة فيفرق القاضى بينهما.

وحدد هذه المدة اعتبارا بالايلاء والعنة، وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار منهما الأربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين، فالجامع بينهما منع الزوج حق المرأة ورفع الضرر عنها، فان العنين يفرق بينه وبين امرأته بعد مضى سنة لرفع الضرر عنها وبين المولى وامرأته بعد أربعة أشهر لرفع الضرر عنها ولكن عذر المفقود أظهر من عذر المولى والعنين فيتعين فى حقه المدتان فى التربص بأن تجعل السنون مكان الشهور فتتربص أربع سنين.

وقد روى أن عليا عارض رأى عمر وقال فى امرأة المفقود «هى امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق» ومعنى ذلك أن ليس لها أن تتزوج حتى تستبين موقفه، وهناك حديث للرسول عليه السلام فى امرأة المفقود ﴿أنها امرأته حتى يأتيها البيان﴾ وقد روى ابن ليلى ان عمر رضى الله عنه رجع إلى قول على.

=

الشرعى ما لم ينص القانون على العمل بالتقويم الميلادى، ولم يشمل الاستثناء الوارد بالمادة ٢٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هذه الحالة فقد جرت على أن المراد بالسنة فى المواد من (١٢ إلى١٨) هى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥يوما[١].

أما فى الأحوال الأخرى، والمقصود بها حصول الفقد فى حالة يظن

= (شرح فتح القدير وشرح العناية على الهداية بهامشه جـ٦ طبعة ١٩٧٠ ص ١٤٥ وما بعدها).

(١) وفى المذهب الحنفى يحكم بموت المفقود اذا مات اقرانه الذين هم فى سنة أو بلغ من العمر تسعين سنة.

وفي هذا جاء بالمذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن:

«الحكم بموت المفقود اذا مات اقرانه أو بلغ من العمر تسعين سنة حسب أحكام مذهب أبى حنيفة الجارى عليها العمل بالمحاكم الشرعية أصبح لايتفق الآن مع حالة الرقى التى وصلت فان التخاطب بالبريد والتلغراف والتليفون وانتشار مفوضيات وقنصليات المملكة المصرية فى انحاء العالم جعل من السهل البحث عن الغائبين غيبة منقطعة (المفقودين) ومعرفة إن كانوا لا يزالون على قيد الحياة أولا فى وقت قصير وقد عنيت الوزارة قبل الآن بأمر زوجة المفقود فوضعت لها أحكاما فى القانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ من مذهب الامام مالك (مادتى ٧و ٨).

أما أمر ماله فقد ترك على الحالة الجارى عليها العمل بالمحاكم ولكن تبين من البحث وجود قضايا كثيرة بالمجالس الحسبية تختص بأموال المفقودين تستدعى الاهتمام والعناية بتصريف أمور هذه الأموال على وجه أصلح فقد بلغت هذه القضايا لغاية فبراير سنة ١١٦٦/١٩٢٧ قضية منها ٧٦٧ قضية تقل قيمتها عن مائة جنيه أو مجهولة القيمة ومنها ٣٦ قضية تزيد قيمتها عن ألف جنيه والباقى قيمته بين هذين المقدارين، لهذا رأت الوزارة أن تضع أحكاما لأموال المفقودين تصلح من الحالة الموجودة الآن وتتناسب مع حالة العصر الحاضر بقدر المستطاع...الخ».

معها بقاء المفقود سالما كمن يغيب لطلب العلم أو التجارة أو السياحة ولايعود فقد فوض النص القاضى فى تحديد المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها على ألا تقل عن أربع سنوات، وذلك بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة لمعرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا ولاشك أن القاضى يراعى فى تقديره للمدة التى يحكم بعدها بموت المفقود، سن المفقود حين فقده وحالته الصحية وقت ذاك والظروف والأحوال التى أحاطت بفقده.

ولم يكن النص قبل تعديله بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ يحدد المدة التى يحكم القاضى بموت المفقود بعدها (أربع سنين على الأقل).

ومع هذا فقد ذهبنا مع الفقه وأحكام القضاء إلى أن قيدا منطقيا يرد على سلطة القاضى فى هذا الشأن.وهو ألا يحكم بموت المفقود الا بعد انقضاء أربع سنوات على الأقل على واقعة الغياب، لأن الشارع استوجب ضرورة مرور أربع سنوات على واقعة الفقد لمن غاب فى ظروف يغلب فيها الهلاك فيكون التقيد بهذه المدة لمن غاب فى ظروف لا يغلب فيها الهلاك أولى[١].

وبهذا الراى قضت محكمة شبين القناطر الشرعية الجزئية بتاريخ ١٩٣١/١/٢٩ فى الدعوى رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٣٠ اذ ذهبت إلى أن:

«من حيث أن هذه الدعوى تضمنت أن هذا المفقود قد خرج لقضاء حاجة قريبة ثم يعود ولم يعد وأنه يغلب عليه الهلاك، وقد قضت المادة الحادية والعشرون من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ للمحاكم الشرعية على أنه يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد تمام أربع سنين من تاريخ

(١) الدكتور محمد حسام لطفى موجز النظرية العامة للحق طبعة ١٩٨٨ ص ٩٩ - الدكتور عبد الودود يحيى محاضرات فى المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق) طبعة ١٩٦٨- ١٩٦٩ ص ٤١ - الدكتور سليمان مرقس - المدخل للعلوم القانونية الطبعة الرابعة ١٩٦١ص ٥٠٥.

فقده وعلى تفويض الأمر إلى القاضى فيما عدا ذلك وهو يتحرى عنه فى جميع الأحوال بالطرق الممكنة، فالمقصود من هذا النص، أن الحكم بموت المفقود مقيد بمضى هذه المدة فى جميع الأحوال لأن النص قيد فى حالة غلبة الهلاك بمضيها فبالأولى غيرها من الأحوال التى يظن فيها بقاؤه سالما، ولأن هذا النص قد سبق لبيان أن ما كان العمل جاريا عليه قبل هذا القانون لم يعد صالحا للعمل به ولايتفق مع حالة الرقى التى وصلت إليها طرق المواصلات فى العصر الحاضر لا لما يتوهم من جواز الحكم بوفاة المفقود قبل مضى هذه السنوات الأربع، ويلزم على هذا جواز الحكم بموته بمضى أى مدة على فقده قلت أو كثرت وهذا غير مقصود. بل المراد أن السنوات الأربع هى أقل مدة يحكم فيها بموت المفقود فى جميع الأحوال...الخ».

ولم يكتف المشرع للقضاء بموت المفقود باثبات موته بالبينة والقرائن، وانما أوجب على القاضى التحرى عن المفقود بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة ان كان حيا أو ميتا، سواء كانت غيبة المفقود مما يغلب عليه الهلاك فيها، أم كانت مما لايغلب عليه الهلاك فيها ويدخل فى هذا التحرى، ما يتم من تحريات عن طريق رجال الادارة، وكذا ما يسفر عنه استجواب القاضى لأهلية المفقود.

وفى هذا قضت محكمة شبين القناطر الشرعية الجزئية بتاريخ ١٩٣١/١/٢٩ فى الدعوى رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٣٠[١] بأن:

«ومن حيث أن هذا النص قد تضمن التحرى عن المفقود فى جميع الأحوال زيادة فى الاحتياط والاطمئنان وجعل الاثبات وحده غير كاف للحكم بموته فلابد من هذا التحرى، ولا يكفى فيه قرار نصب الوكيل عنه لأنه وان تضمن غيبة المفقود إلى صدور هذا التوكيل ولكنه لم يتناول ما وراء

---

(١) منشور بمؤلف المستشار نصر الجندى - مبادىء القضاء فى الأحوال الشخصية ص ٩٩٦ وما بعدها.

ذلك من مشتملات مثل هذه الدعوى، كاستمرار الفقد وانقطاع الغيبة والأخبار وخفاء الآثار وعدم العودة والخروج لجهة قريبة أو بعيدة يغلب فيها الهلاك أو يظن فيها البقاء وما إلى ذلك لأنه وان كان الأصل بقاء ما كان على ما كان ما لم يتبين خلافه، ولكن هذا خاص بما كان من مشتملات هذا الأصل عند من يعول على هذا الأصل وقرار الوكالة لم يشمل غير ما وضع له باعتبار وصفه العنوانى وهو كونه قرارا بنصب وكيل عن هذا الغائب فلا يتعدى هذا غير ما نص عليه فيه مما اشتملت عليه هذه الدعوى، فلابد من اجراء التحرى بعد الاثبات عند الحكم بموته حتى لايكون للشك مجال لأنه أمر محتمل فمتى انضم إليه التحرى حصل الاطمئنان الكافى...الخ» .

فاذا غلب على ظن القاضى بعد ذلك موته قضى بموته اذا طلبت ذلك زوجته أو أحد من ورثته أو غريمه.

ويسرى هذا الحكم على المفقودين من أفراد القوات المسلحة فى غير العمليات الحربية.

وقد أخذ القانون بمذهب الامام أحمد بن حنبل فى الحالة الأولى، وبقول صحيح فى مذهبه ومذهب الامام أبى حنيفة فى الحالة الثانية.

وقد جاء بالمذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ما يأتى:

«... ولما كان بعض المفقودين يفقد فى حالة يظن معها موته كمن يخرج لقضاء حاجة قريبة ثم لايعود أو يفقد فى ميدان القتال والبعض يفقد فى حالة يظن معها بقاؤه سالما كمن يغيب للتجارة أو طلب العلم أو سياحة ثم لايعود رأت الوزارة الأخذ بمذهب الأمام أحمد بن حنبل فى الحالة الأولى وبقول صحيح فى مذهبه ومذهب الامام أبى حنيفة فى الحالة الثانية - ففى الحالة الأولى ينتظر إلى تمام أربع سنين من حين فقده فاذا لم يعد وبحث عنه

فلم يوجد اعتدت زوجته عدة الوفاة وحلت للأزواج بعدها وقسم ما له بين ورثته وفى الحالة الثانية يفوض أمر تقدير المدة التى يعيش بعدها المفقود إلى القاضى فاذا بحث فى مظان وجوده بكل الطرق الممكنة وتحرى عنه بما يوصل إلى معرفة حاله فلم يجده وتبين أن مثله لايعيش إلى هذا الوقت حكم بموته».

ويراعى أنه إذا كان هناك دليل قاطع على وفاة المفقود قبل انقضاء مدة أربع سنوات فإن شخصية المفقود تنتهى بالموت الحقيقى لا الحكمى ولا يكون هناك ضرورة لاستصدار الحكم.

٣٠٢- المفقودون الذين كانوا على ظهر سفينة غرقت أو فى طائرة سقطت أو من أفراد القوات المسلحة الذين فقدوا اثناء العمليات الحربية:

المفقودون الذين يثبت أنهم كانوا على ظهر سفينة غرقت أو فى طائرة سقطت أو من أفراد القوات المسلحة الذين فقدوا أثناء العمليات الحربية، كانوا قبل العمل بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ يخضعون للحكم الوارد بالمادة(٢١) بالنسبة للمفقود الذى يغلب عليه الهلاك، فكان يصدر حكم من القضاء بموتهم بعد فوات مدة أربع سنين على تاريخ فقدهم، عدا المفقودين من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية فكان وزير الحربية يصدر قرارا باعتبارهم موتى بعد مضى السنوات الأربع، ويقوم هذا القرار مقام الحكم.

غير أن القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ استثنى هؤلاء من هذا الحكم العام ونص على اعتبار كل منهم ميتا بعد مضى سنة من تاريخ فقده.

فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢١ بعد تعديلها بالقانون المذكور على

أن: «ويعتبر المفقود ميتا بعد مضى سنة من تاريخ فقده، فى حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت، أو كان فى طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد اثناء العمليات الحربية».

كما نص على أن يصدر رئيس مجلس الوزراء بعد التحرى واستظهار القرائن التى يغلب معها الهلاك، قرارا بأسماء المفقودين من هؤلاء عدا المفقودين من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية»(١).

ويقوم القرار فى الحالتين مقام الحكم بموت المفقود.

فقد جرى نص الفقرة الثالثة من المادة ٢١ بعد تعديلها بالقانون المذكور على أن:

«ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع، بحسب الأحوال، وبعد التحرى واستظهار القرائن التى يغلب معها الهلاك، قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا فى حكم الفقرة السابقة. ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود».

وواضح من النص أنه يشترط لصدور قرار رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع باعتبار المفقود ميتا ما يأتى:

١- أن يثبت أن المفقود كان على ظهر سفينة غرقت، أو كان فى طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد اثناء العمليات الحربية.

فإذا كان المفقود يستقل قطارا أو سيارة مثلا وتهشم القطار أو تهشمت السيارة، أو كان المفقود من أفراد القوات المسلحة وفقد فى غير العمليات الحربية فإنه لا بد من صدور حكم من القاضى.

٢- أن يمضى على الفقد مدة سنة هجرية.

٣- أن يقوم رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع -بحسب الأحوال- بالتحرى واستظهار القرائن التى يغلب معها الهلاك.

وقد قضت المادة الثانية من القانون رقم٣٣ لسنة ١٩٩٢على أن: «تسرى أحكام هذا القانون على من سبق فقده فى أى من الحالات الواردة فى الفقرة الثانية من المادة ٢١ ومضى على فقده سنة على الأقل فى تاريخ العمل بهذا القانون».

وهذا القانون عمل به اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشره (م٤)، وقد نشر القانون بتاريخ ١٩٩٢/٦/١.

وقد حدا الشارع إلى إدخال التعديل السابق- على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢- أنه لما كان المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يجيز الحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك ولو لم يتحقق موته يقينا، وحدد لغلبة الاعتقاد بموته مضى أربع سنوات من تاريخ فقده، وإذا كانت هذه المدة لازمة للاستيثاق من الهلاك فى الأحوال التى يكون الهلاك فيها ظنيا بما يتطلب لترجيحه مضى تلك المدة دون ظهور المفقود، إلا أنه فى أحوال الفقد فى عرض البحر نتيجة حادث غرق سفينة أو سقوط طائرة، يكون الهلاك شبه مؤكد إذا لم تسفر إجراءات البحث بالوسائل الحديثة على العثور على المفقودين أحياء أو على جثثهم خلال بضعة أسابيع، لا ستبعاد أن يظل من نجا حيا مجهول النجاة فى أى موقع لمدة طويلة رغم وسائل الاتصال الحديثة، ولتعذر العثور على الجثث صالحة للتعرف على أصحابها بعد مضى بضعة أسابيع على الغرق نظرا لسرعة تحللها فى المياه المالحة فضلا عن تعرضها للأسماك المفترسة.

- لذلك قد لا يكون من الملائم فى مثل هذه الأحوال انتظار تلك المدة الطويلة للاعتقاد بغلبة الهلاك لمن لم يعثر عليه حيا أو جثته ظاهرة المعالم المحددة لاسمه.

- ولما كان هذا النوع من الحوادث قد كثر فى الآونة الأخيرة تبعا لازدياد حركة السفن بحرا وجوا، فقد أصبح من العنت بذوى المفقود من الركاب أو الطاقم انتظار المدة المشار إليها كى يتقرر الحكم بموته لتبدأ حينئذ آثار اعتباره ميتا، إذ تظل الزوجة معلقة على ذمته منذ فقده حتى يحكم بموته، كما أن تركته تظل دون استحقاق الورثة لها بل وقد يؤدى موت أحدهم خلال تلك المدة الى حرمانه من الارث وبالتالى حرمان ورثته، كما يتعطل حق المتضررين بموته فى اقتضاء التعويضات الناشئة عن ذلك، فضلا عن أنه حتى بعد مضى المدة المشار إليها، يستلزم الحصول على حكم بموت المفقود اجراءات تستغرق من الوقت والجهد والمال ما يضيف إلى ذوى المفقود أعباء وامتدادا للأضرار التى تلحق بهم، كل ذلك فى أحوال لا يتطلب الاستيثاق من غلبة هلاك المفقود مضى هذا الطويل وانما يكفى لهذا الاستيثاق مضى بضعة أسابيع على ما سلف بيانه.

- ولما كان القانون رقم ٢٥لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية قد ركن فى مادتيه ٢١، ٢٢ إلى ما نص عليه فقهاء مذهب الإمام أبى حنيفة من تصحيح تفويض تقدير المدة التى يحكم بعدها بموت المفقود إلى رأى الإمام (ولى الأمر) وهذا قريب من فقه مذهب الإمام الشافعى فى الجديد، كما أن مذهب الإمام مالك قد نص فى بعض صور الفقد على أنه بعد البحث والتحرى يضرب للمفقود أجل سنة.. فقد رؤى الأخذ فى مشروع هذا القانون بهذه الآراء المصححة فى مذاهب هؤلاء الأئمة.

- ومن ثم وتيسيرا على أسر هؤلاء المفقودين أعد مشروع القانون المرافق وهو يقضى فى مادته الأولى باعتبار من ثبت أنه كان على ظهر سفينة أو طائرة وفقد نتيجة غرقها أو سقوطها فى البحر ميتا متى مضى على فقده سنة من تاريخ الفقد.

وهذا التعديل قصد به التيسير على أسر المفقودين من الطوائف المستثناة على ما أوضحناه سلفا، ومن ثم فإنه لا يحول بينهم وبين اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم باعتبار المفقود ميتا إذا شاءوا، ولا يكون للمحكمة القضاء بعدم اختصاصها بنظر الدعوى[1].

---

(١) من هذا الرأى كمال البنا فى مرافعات الأحوال الشخصية للولاية على النفس الطبعة الأولى ١٩٨٧– وعكس ذلك الدكتور محمد حسام لطفى– موجز النظرية العامة للحق ١٩٨٨ ص٩٨.

وكان نص المادة ٢١ كما صدرت بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن يحكم بحوث المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده، ولو كان المفقود من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية إلى أن صدر القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ وعدل المادتين ٢١، ٢٢ من المرسوم بقانون، ومقتضى هذا التعديل أنه إذا كان المفقود من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية فإنه يصدر قرار من وزير الحربية باعتباره ميتا بعد مضى الأربع سنوات ويقوم هذا القرار مقام الحكم.

وعلى ذلك يشترط لصدور قرار وزير الحربية باعتبار المفقود ميتا توافر ثلاثة شروط:

الأول: أن يكون المفقود من أفراد القوات المسلحة.

الثانى: أن يكون الفقد أثناء العمليات الحربية فاذا كان الفقد فى غير حالة العمليات الحربية فانه لا بد من صدور حكم من القاضى باعتبار المفقود ميتا.

الثالث: أن يمضى على الفقد مدة أربع سنين.

والحكمة من هذا التعديل، التيسير على أسر المفقودين من أفراد القوات المسلحة، ودرء ما ينتابهم من أسى ولوعة حال سيرهم فى الاجراءات القضائية **وفى هذا جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ أنه:**

«لما كانت اجراءات التقاضى حتى صدور الحكم تستوجب تكليف زوجات المفقودين وورثتهم الانتقال الى ساحات المحاكم وفى ذلك بالنسبة إليهم ما فيه من جهد مادى فضلا عما ينجم عنه من أسى ولوعة وإثارة شجون كامنة فى=

. . . .

= قلوبهم لـذلك رأت وزارة الحـربيـة تـوفـيـر إجـراءات التـقـاضى عـلى ورثـة المفقودين من افراد القوات المسلحة والاكتفاء بصدور قرار من وزير الحربية باعتبار هؤلاء المفقودين موتى بعد مضى الأربع سنوات من تاريخ فقده».

ولما صدر القرار بقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٤ (المنشور بالجريدة الرسمية فى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٤- العدد ٦٩)فى شأن المعاشات والمكافآت والتأمين والتعويض للقـوات المسلحـة، نص فى المادة ٣٨ فـيـه على أن: «يعـتـبـر المفـقـود فى حكم المستـشـهـد فى العمليات الحربيـة أو المتوفى بسبب الخدمة حسب الأحوال إذا انقضت اربع سنوات من تاريخ فقده دون أن تثبت وفاته رسميا أو وجوده على قيد الحياة.

وفى هذه الحالة واستثناء من القـواعد العامة يصدر قرار من نائب القـائد الأعلى للقوات المسلحة باعتبار المفقودين فى العمليات الحربية أو أثناء الخدمة مستشهدين فى العـمليات الحربية أو متوفين بحسب الأحوال من تاريخ فقدهم، لا من تاريخ القرار الصادر باعتبارهم مستشهدين أو متوفين.

وقد ذكرنا فى الطبعات السـابقة من هذا الكتاب، أن الاستثناء الوارد بالنص- فى رأينا- يقـتـصر نطاقه على تطبـيق الأحكام الواردة بالقـرار بقـانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٤ فى شأن المعاشات والمكافآت والتأمين والتعويض للقوات المسلحة وقد أيدنا هذا الرأى بأن المادة الأولى من مـواد إصـدار القـرار بقـانون نصت على أن«يعـمل فيما يتعلق بالمعاشات والمكافآت والتأمين والتعويض والمنح للمذكورين بهذا القانون بالأحكام المرافقة»، وأن المادة ٣٨ سالفـة الذكـر قد ساوت فى الاستثناء المذكـور بين من يفـقـد فى العمليات الحربية، وبين من يفـقـد بسبب الخدمة، وأن القرار بقـانون لـم يشر فى ديـاجته إلى المرسوم بقـانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩وأن معظم التشريعات التى أشارت اليها تتعلق بالموضوع الذى ينظمه.

ولما صدر القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ ونص في المادة الثالثة منه على أن:

«تعدل المدة المنصوص عليها فى المادة ٣٨ من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة الصادر بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ إلى سنة من تاريخ الفقد»- وجاء بمذكرته الإيضاحية عن هذه المادة أنه: =

٣٠٣- آثار الحكم بموت المفقود او صدور قرار رئيس مجلس الوزراء او وزير الدفاع باعتباره ميتا:

المفقود لا يعتبر ميتا الا حين الحكم بموته أو من تاريخ صدور قرار رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع باعتباره ميتا فى الحالات التى أوردناها فى البيان السابق[١].

ويترتب على الحكم بموت المفقود أو صدور القرار باعتباره ميتا- حسب الأحوال- أن تعتد زوجة المفقود عدة الوفاة، وهى أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر

= «لما كانت المادة ١/٢١ من قانون الأحوال الشخصية رقم ق لسنة ١٩٢٩ والمادة ٣٨ من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ تقضيان بعدم اعتبار المفقود من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية ميتا الا بعد مضى أربع سنوات من تاريخ فقده، لذلك استلزم التنسيق= بين ما قضت به المادة الأولى من المشروع من اعتبار المفقود فى حادث غرق السفينة أو سقوط طائرة فى البحر ميتا اذا كان قد مضى على فقده سنة أن يضمن المشروع حكما بالنسبة لأفراد القوات المسلحة الذين يفقدون أثناء العمليات الحربية يقضى بتعديل المدة المنصوص عليها فى القانونين المشار إليهما الى سنة من تاريخ الفقد».

(١) وقضى بأن: «المفقود لا يعتبر ميتا الا حين الحكم بموته، والراجح من مذهب الإمام أبى حنيفة أنه لابد من حكم القاضى بموته، وأنه من تاريخ الحكم بموته تعتد زوجته عدة الوفاة ويستحق تركته ورثته الموجودون وقت الحكم بموته، وقد رتبت المادة ٢٢ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ أحكام المفقود على الحكم بموته بعد المدة كما هو مبين فى المادة نمرة٢١».

«شبراخيت الشرعية الجزئية بتاريخ ١٩٢٩/١١/٣٠ فى الدعوى رقم ٤ لسنة ١٩٢٩».

وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدر الحكم أو القرار، لأنه لما كان الموت يكون من وقت الحكم، فانه لا يرث أمواله التى كانت ثابته له من وقت غيبته ونمائها الا ورثته الموجودين وقت الحكم، أما الذين ماتوا قبل ذلك فانهم لا يرثون فيه، لأن فرض الحياة كان قائما.

أما الأموال التى يمكن أن يكتسبها بارث أو وصية أو هبة لو لم يكن مفقودا، فان الحكم بالوفاة يثبت بالنسبة لها من وقت الفقد، أى أنه يعتبر بالنسبة لها ميتا من وقت الغياب، لأن حياته ثابتة باستصحاب الحال، واستصحاب الحال يصلح سببا لابقاء الحقوق الثابتة، ولا يصلح سببا لاكتساب حقوق جديدة، وعلى ذلك اذا مات له قريب يرث منه قبل الحكم بموته فان حقه فى الميراث يستمر موقوفا، حتى يحكم القاضى بموته أو يحضر، فان حضر أخذه، وان حكم القاضى بموته وزع ذلك الموقوف على ورثة ذلك القريب باعتبار أن المفقود كان ميتا وقت وفاة ذلك القريب[١].

وقد جاء بالمذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون ما يأتى:

«ولما كان الراجح من مذهب الامام أبى حنيفة أنه لا بد من حكم القاضى بموت المفقود وأنه من تاريخ الحكم بموته تعتد زوجته عدة الوفاة ويستحق تركته ورثته الموجودون دون وقته رئى الأخذ بمذهبه فى الحالتين لأنه أضبط وأصلح لنظام العمل فى القضاء. لهذا وضعت المادتان الحادية والعشرون والثانية والعشرون من هذا المشروع».

وغنى عن البيان أن الآثار المتقدمة تترتب من تاريخ الحكم النهائى، والحكم يكون نهائيا اذا كان لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية (المعارضة والاستئناف)، إما لفوات ميعاد الطعن أو لاستنفاده.

---

(١) الأستاذ محمد أبو زهرة ص٥٠٣- الأستاذ عمر عبد الله ص٧٢٣.

والحكم كما هو واضح ذات طبيعة منشئة وليست كاشفة أو مقررة.

والملاحظ أن المرسوم بقانون لم يفرق فى الأحكام بين الزوجات والأموال، لأنه لا يصح أن يفرض لشخص حالان متناقضان فيفرض حياته فى حالة ويفرض موته فى أخرى فيفرض حياته بالنسبة لأمواله، ويفرض موته بالنسبة لزوجته وتعتد عدة الوفاة، كما هو مذهب مالك والذى كان عليه العمل بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

ظهور المفقود حيا:

اذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته أو صدور قرار رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع باعتباره ميتا– بحسب الأحوال– سواء جاء المفقود أو لم يجئ، فانه يترتب على ذلك الآثار الآتية.

٣٠٤- (أ) بالنسبة لزوجة المفقود:

اذا كانت زوجة المفقود لم تتزوج بغيره بعد الحكم بموته أو صدور قرار رئيس الوزراء أو وزير الدفاع باعتباره ميتا فهى له من غير حاجة الى عقد جديد.

وان كانت قد تزوجت بغيره بعد الحكم أو صدور القرار بعد انقضاء عدتها منه ولم يدخل بها، فانها تعود الى المفقود لأن زوجيته قائمة. وتبين أن الأساس الذى قام عليه الحكم أو القرار كان باطلا فتعود اليه.

فاذا كان قد دخل بها وكان حسن النية بأن لم يثبت أنه كان يعلم بحياة المفقود وقت العقد أو قبل الدخول بها فان الزوجة تكون للثانى، لأنه تزوجها بعقد شرعى بناء على حكم قضائى أو قرار صادر من المختص بذلك، وقد دخل بها بمقتضى ذلك العقد الذى بنى على أسس صحيحة فى الظاهر فتكون له ولا يفسخ العقد.

أما اذا كان قد دخل بها، وثبت أنه سيء النية بأن كان يعلم بحياة المفقود وقت العقد أو قبل الدخول بها فانها تكون للمفقود.

وهذا الرأى لمالك، هو آخر آرائه وقد قاله قبل وفاته بسنة، ورأيه قبل ذلك أنها تكون للثانى سواء أدخل بها أم لم يدخل[١].

٣٠٥- (ب) بالنسبة لأموال المفقود:

يسترد المفقود الموجود من أمواله فى يد ورثته، وكذا الموجود مما كان محجوزا له من ارث ووصية ورد الى ورثة المورث أو الموصى بعد الحكم بموته أوصدور قرار رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع باعتباره ميتا.

أما ما خرج من أيديهم وتصرفوا فيه بالبيع ونحوه، وكذا ما هلك أو استهلك، فلا يرجع عليهم بقيمته أو بمثله، لأن تصرفهم فيه كان بناء على حكم قضائى سليم، أو صدرو قرار من المختص بذلك، فلا ضمان عليهم ولا على من تلقوا الملك عنهم.

٣٠٦- ايجاب اختصام وكيل المفقود فى دعوى موته:

اذا أقيمت الدعوى بموت المفقود من زوجته أو أحد ورثته أو غريمه وجب على المدعى اختصام وكيل المفقود، فان لم يكن له وكيل يختصم من ينصبه القاضى لذلك، وذلك لكى تقبل عليه البينة لاثبات موته.

وعلى هذا نصت المادة (٥٨١) من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا اذ جرت على أن: «اذا ادعت زوجة المفقود موته أو ادعاه الورثة أو غيرهم من أرباب الحقوق وأقيمت البينة على ذلك يجعل

---

(١)محمد أبو زهرة ص٥٠٤.

القاضى الوكيل الذى بيده مـال المفقود خصما عنه وان لم يكن له وكيل ينصب له قيما تقبل عليه البينة لاثبات دعوى موته»[1].

ويترتب على مخالفة هذا الحكم القضاء بعدم قبول الدعوى.

٣٠٧- المحكمة المختصة بنظر دعوى موت المفقود:

تختص المحكمة الابتدائية نوعيا بنظر دعوى موت المفقود عملا بالفقرة الأولى من المادة العاشرة من القـانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصـدار قـانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية التى تجرى على أن: « تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التى لاتدخل فى اختـصـاص المحكمـة الجزئيـة، ودعـاوى الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة به»، إذ لم يرد ضمن المسائل المنصوص عليها بالمادة التاسعة من القانون والتى تختص المحكمة الجزئية نوعيا بنظرها دعوى موت المفقود ، ومن ثم تضحى الدعوى من اختـصـاص المحكمة الكلية.

وتختص بنظر الدعوى محليا المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه ، فإن لم يكن له موطن فى معد تختص المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى.

---

(١) وقد جاء بتنوير الأبصار وشرحه الدر المختار: «وطريق قبول البينة أن يجعل القاضى من فى يده المال خصما عنه أو ينصب عليه قيما تقبل عليه البينة» وقد علق ابن عابدين على عبارة «أو ينصب عليه قيما» بقوله «أى اذا لم يكن له وكيل يحفظ ماله ينصب عنه مسخرا لاثبات دعوى موته من زوجته أو أحد ورثته أو غريمه».

(راجع حاشية ابن عابدين جـ٤ ص٢٩٧- أيضا مغاغة الشرعية الجزئية بتاريخ ١٩٤٦/٣/٢٧ فى الدعوى رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٤٥).

وإذا تعدد المدعى عليهم ، كان الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم. (م١٥ من القانون).

وقبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ كانت تختص المحكمة الابتدائية أيضا بنظر هذه الدعوى عملا بالفقرة الأولى من المادة الثامنة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (الملغاة) التى تجرى على أن:

«تختص المحاكم الابتدائية (الشرعية) بالحكم الابتدائى فى المنازعات فى المواد الشرعية التى ليست من اختصاص المحاكم الجزئية بمقتضى نص المادتين الخامسة والسادسة»، اذ لم يرد بنص المادتين الأخيرتين دعوى موت المفقود ضمن الدعاوى الواردة بهما والتى تختص بنظرها المحكمة الجزئية.

ملحق التشريعات

قرار وزير العدل

رقم (١٠٨٧) لسنة ٢٠٠٠

بتحديد اماكن تنفيذ الاحكام الصادرة برؤية الصغير والإجراءات الخاصة بتنفيذ الاحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير اوضمه او رؤيته او سكناه ومن يناط به ذلك

وزير العدل

بعد الاطلاع على قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

وبناء على موافقة وزيرة التأمينات والشئون الاجتماعية.

قرر

(مادة ١)

تنفذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه تطبيقاً لأحكام المادتين ٦٧ ، ٦٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بمراعاة القواعد والإجراءات المبينة فى المواد التالية .

(مادة ٢)

يجرى تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو سكناه بمعرفة المحضر المختص وبحضور أحد الأخصائيين الاجتماعيين الملحقين بالمحكمة ، فإن حدثت مقاومة أو امتناع وعدم استجابة للنصح والإرشاد، يرفع الأمر لقاضى التنفيذ ليأمر بالتنفيذ بالاستعانة بجهة الإدارة وبالقوة الجبرية إن لزم الأمر. ويحرر الأخصائى الاجتماعى مذكرة تتضمن ملاحظاته ترفق بأوراق التنفيذ.

(مادة ٣)

يراعى فى جميع الأحوال أن تتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفقا لما يأمر به قاضى التنفيذ ويجوز إعادة التنفييذ بذات السند التنفيذى كلما اقتضى الحال ذلك على النحو المبين فى المادة ٦٦ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .

(مادة ٤)

فى حالة عدم اتفاق الحاضن أو من بيده الصغير والصادر لصالحه الحكم على المكان الذى يتم فيه رؤية الصغير، يكون للمحكمة أن تنتقى من الأماكن التالية مكانا للرؤية وفقاً للحالة المعروضة عليها وبما يتناسب – قدر الإمكان– وظروف أطراف الخصومة، مع مراعاة أن يتوافر فى المكان مايشيع الطمأنينة فى نفس الصغير ولايكبد أطراف الخصومة مشقة لاتحتمل :

١ – أحد النوادى الرياضية أو الاجتماعية.

٢– أحد مراكز رعاية الشباب.

٣– إحدى دور رعاية الأمومة والطفولة التى يتوافر فيها حدائق.

٤– إحدى الحدائق العامة.

(مادة ٥)

يجب ألاتقل مدة الرؤية عن ثلاث ساعات أسبوعياً فيما بين الساعة التاسعة صباحاً والسابعة مساء، ويراعى قدر الإمكان أن يكون ذلك خلال العطلات الرسمية وبما لايتعارض ومواعيد انتظام الصغير فى دور التعليم.

(مادة ٦)

ينفذ الحكم الصادر برؤية الصغير فى المكان والزمان المبين بالحكم.

(مادة ٧)

لأى من أطراف السند التنفيذى أن يستعين بالأخصائى الاجتماعى المنتدب للعمل بدائرة المحكمة التى أصدرت حكم الرؤية لإثبات نكول الطرف الآخر عن التنفيذ فى المواعيد والأماكن المحددة بالحكم ويرفع الأخصائى الاجتماعى تقريراً للمحكمة بذلك إذا ما أقام الطالب دعوى فى هذا الخصوص.

(مادة ٨)

يلتزم المسئول الإدارى بالنوادى الرياضية أو بمراكز رعاية الشباب أو بدور رعاية الطفولة والأمومة التى يجرى تنفيذ حكم الرؤية فيها، وبناء على طلب أى من أطراف السند التنفيذى، أن يثبت فى مذكرة يحررها حضور أو عدم حضور المسئول عن تنفيذ حكم الرؤية وبيده الصغير.

(مادة ٩)

ولمن حررت المذكرة بناء على طلبه أن يثبت مضمونها فى محضر يحرر فى قسم أو مركز الشرطة التابع له مكان التنفيذ.

ينشر هذا القرار فى الوقائع المصرية ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره.

صدر فى ٢٠٠٠/٣/٦

وزير العدل

المستشار

(فاروق سيف النصر)

محتويات الكتاب

رقم البند	الموضوع	الصفحة

رقم البند | الموضـــــوع | الصفحة

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحـة

رقم البند	الموضـــــــوع	الصفحة

موضوع رقم (٢٠)

اللقيط

رقم الإيداع
٧٤٠٥
الترقيم الدولي I. S. B. N.
977 - 5312 - 38 - 8



٢٢ ش رشدي عابدين - ٣٩٢٥٢٧٦


Bibliotheca Alexandrina
05486605